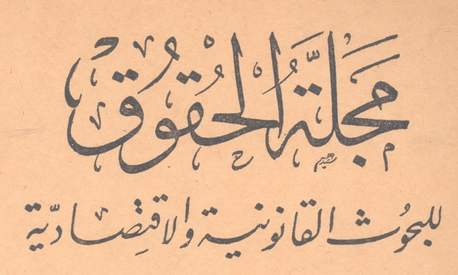


مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

السنة السادسة (١٩٥٥ - ١٩٥٦)

العدد الثالث والرابع

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٥٦

لجنة التحرير

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

السنة السادسة (١٩٥٥ – ١٩٥٦)

العدد الثالث والرابع

مطبعة جامعة الإسكندرية

١٩٥٦

الفهرس

طرق الطعن فى أحكام مجلس الدولة

دراسة مقارنة بين مصر وفرنسـا

للدكتور مصطفى أبو زيد فهمى

مدرس القانون الدستورى والادارى بجامعة أسيوط
والمنتدب للتدريس بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

تمهيـد

١ – عالج الفقه الادارى المصرى كثيرا من موضوعات القانون العام . ولكن هذا الموضوع – طرق الطعن فى أحكام مجلس الدولة – لم يبحث بحثا شاملا مع أنه غير هين الأهمية ، ربما كان ذلك راجعا الى أننا منذ عهد قريب لم نكن نعرف من طرق الطعن سوى طريقا واحدا هو التماس اعادة النظر .

فبينما نرى فى فرنسا عدة طرق للطعن فى الأحكام هى التماس اعادة النظر ، وتصحيح الغلط المادى ، والمعارضة ، ومعارضة الشخص الثالث ، يضاف اليها الطعن بالاستئناف وهو الذى يفتح ضد أحكام المحاكم الادارية (les tribunaux administratifs) أمام مجلس الدولة ، فضلا عن الطعن بالنقض ضد أحكام الهيئات الادارية ذات الاختصاص القضائى أمام مجلس الدولة ، فبينما نرى هذه الطرق الست للطعن فى أحكام القضاء الادارى فى فرنسا لم نشاهد لدينا الى عهد قريب سوى التماس اعادة النظر .

٢ – ولكن سنة التطور – التى يبدو أثرها فى القانون الادارى أكثر من سواه من فروع القانون – قد أسرعت بنا : فبينما كانت الولاية القضائية لمجلس الدولة كما نظمها القانون الأول للمجلس رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ والقانون الثانى رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ تتركز فى محكمة القضاء الادارى ، محكمة

أول وآخر درجة ، إذا بها توزع فى سنة ١٩٥٥ بالقانون الجديد رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بين ثلاثة أنواع من المحاكم : المحاكم الادارية ، ومحكمة القضاء الادارى ، والمحكمة الادارية العليا ، وكان من الطبيعى أن يكون لذلك أثره فى طرق الطعن .

٣ — فقد أنشأ هذا القانون الأخير — لأول مرة فى القانون الادارى المصرى — طريق النقض الادارى أمام المحكمة الادارية العليا كما شاهدنا فيه تطورا فى صياغة النصوص يسمح بالاجتهاد : ذلك أن المادة ٨ من قانون سنة ١٩٤٦ التى تطابق المادة ٩ من قانون سنة ١٩٤٩ تنص على أنه : « لا يقبل الطعن فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى إلا بطريق التماس اعادة النظر فى الأحوال المنصوص عليها فى قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية وتجرى فى شأن هذه الأحكام القواعد الخاصة بقوة الشىء المقضى به ، على أن الأحكام الصادرة بالالغاء تكون حجة على الكافة » . لا يقبل الطعن اذن — بصريح النص — إلا بالتماس اعادة النظر ، نص مانع مطلق ، ولا اجتهاد مع النص المانع ، لا اجتهاد لنصل الى وجود أو عدم وجود طرق أخرى للطعن كمعارضة الشخص الثالث مثلا (la tierce oppostion) ولكن القانون الأخير الصادر سنة ١٩٥٥ نص فى المادة ١٥ منه على أن « لرئيس هيئة مفوضى الدولة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ذوى الشأن إن رأى الرئيس المذكور وجها لذلك أن يطعن أمام المحكمة الادارية العليا فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى أو المحاكم الادارية ، وذلك فى الأحوال الآتية : .... » ونص فى المادة ١٦ على أنه : « يجوز الطعن فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى أو من المحاكم الادارية بطريق التماس إعادة النظر فى المواعيد والأحوال المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية » . لرئيس هيئة مفوضى الدولة أن يطعن ... ويجوز الطعن بطريق التماس إعادة النظر ، فليس هنالك لا يقبل الطعن إلا بكذا .. أى ليس هناك نص مانع يقفل باب الاجتهاد . فمع القانونين الأولين كان حراما على الفقه أن يجتهد مثلا ليبدى رأيه فى وجود أو عدم وجود طرق أخرى للطعن كمعارضة الشخص الثالث مثلا ، أما النصوص الجديدة فبخلوها من النص المانع تتيح لنا ذلك .

٤ — فاذا استعرضنا طرق الطعن الست الموجودة فى القانون الفرنسى لنرى ما يوجد لدينا منها لرأينا أن التماس إعادة النظر منصوص عليه فى م ١٦ من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ وهو الذى ينظم مجلس الدولة حاليا — وأما الطعن بتصحيح الغلط المادى فيؤخذ به بغير حاجة للنص عليه لأنه أصلا من خلق القضاء وقد نص عليه فى قانون المرافعات المدنية والتجارية فى المادة ٣٦٤ ، ٣٦٥ ، وأما طريق الطعن بالاستئناف فهو غير موجود لدينا ، وأما الطعن بالنقض فقد نص عليه صراحة فى المادة ١٥ السالفة الذكر . تتبقى المعارضة ومعارضة الشخص الثالث وهما طريقان للطعن يحتاج الأمر فيهما الى شىء غير قليل من التفصيل لنقطع بوجودهما أو عدم وجودهما فى القانون الأدارى المصرى .

٥ — وسوف نتناول الكلام عن طرق الطعن الخمس هذه ، فى القانونين الفرنسى والمصرى ، نبدأ بالبحث دائما فى القانون الفرنسى ثم نردفه بالمصرى ، ونحن فى هذا الترتيب نراعى حقيقة تاريخية هى أن فرنسا بقانونها الادارى ونظام مجلس الدولة فيها هى المصدر التاريخى للقانون الادارى المصرى .

وسوف نقسم هذا البحث الى قسمين :

القسم الأول : ويشمل طرق الطعن للخصوم الموجودين فى الدعوى وهى :

١ — التماس إعادة النظر .

٢ — الطعن بتصحيح الغلط المادى .

٣ — الطعن بالنقض .

القسم الثانى : ويحتوى على طرق الطعن للخصوم الغائبين عن الدعوى وهى :

١ — معارضة الشخص الثالث .

٢ — المعارضة .

القسم الأول

طرق الطعن للخصوم الموجودين فى الدعوى

الباب الأول : الطعن بالتماس اعادة النظر .
الباب الثانى : الطعن بتصحيح الغلط المادى .
الباب الثالث : الطعن بالنقض .

الباب الأول

الطعن بالتمــاس اعادة النظر

Le Recours en Révision

٦ — يتنازع النظام القانونى فى الدول الحديثة عاملان بشأن أحكام القضاء ، أولهما : هو أن تكون تلك الأحكام — وهى عنوان العدالة بما يلتصق بها من قوة الشىء المقضى به — على أكبر قدر من الحق والعدل وبالتالى يجب أن يفتح أمام المتقاضين طرق عدة للطعن فيها لتصحيح ما عساه يرتكب من خطأ فى التقدير من القضاة الأول . وثانيهما : هو استقرار المعاملات فلا تخلد المنازعات بين المتقاضين بطعن يتلوه طعن الى ما لا نهاية . وهكذا ما أن تنتهى طرق الطعن المحددة حتى يضحى الحكم — وقد أصبح متمتعا بصفة نهائية بقوة الشىء المقضى به — عنوان الحق والعدل حتى ولو شابه عيب ما . ولكن هذا العيب قد يكون من الجسامة والوضوح بحيث يهتك ما لهذه الأحكام من احترام ويحطم الحكمة الأساسية من فرض قوة الشىء المقضى به أعنى القضاء على استقرار المعاملات ذاتها . فى هذه الحالة يجب أن يقرر المشرع وسيلة شرعية لمراجعة هذه الأحكام ، أى باعادة النظر فيها وهكذا وجد طريق الطعن بالتماس اعادة النظر Le recours en révision.

٧ — **الطعن فى القــانون الادارى الفرنسى** : ان المتأمل الآن فى ذلك القانون ليجد أن الطعن بالتماس اعادة النظر فى أحكام القضاء الادارى قد نظمه (l'ordonnance) الأمر الصادر فى ٣١ يوليه سنة ١٩٤٥ — من الحكومة المؤقتة للجمهورية الفرنسية — تنظيما يقطع دابر الخلافات

والمناقشات التى ثارت من قبل فى ظل التشريعات السابقة وهى مرسوم ٢٢ يوليه سنة ١٨٠٦ (م ٣٢) وقانون ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢ (فى ٢٣)، كما يجد أن هذا الطعن وهو يعتبر استثناء حقيقيا لمبدأ حجية الشىء المحكوم به لا يقبل الا فى أحوال قليلة معدودة على سبيل الحصر، وهنالك عقوبة توقع لاحترام ذلك.

٨ — هذا الطعن الذى ينظم فى قانون المرافعات الفرنسى تحت إسم (La requête civile) بالمواد ٤٨٠، ٤٨١ حيث عددت الأحدى عشر حالة الجائز الطعن فيها ثم بالمادة ٤٩٤ حيث ذكرت عدة عقوبات توقع على الخصم الذى يخالف ذلك التنظيم، قد نظمه القانون المنظم لمجلس الدولة فى ثلاث مواد هى المواد ٧٥، ٧٦، ٧٧

أما المادة ٧٥ فهى تنظم الحالات الثلاث — الثلاث فقط — التى يجوز فيها تقديم هذا الالتماس وهى أولا: حالة ما اذا صدر الحكم بناء على ورقة مزورة. ثانيا: حالة ما اذا فقد المحكوم عليه دعواه بسبب عدم تقديمه ورقة قاطعة فى الدعوى كانت محجوزة بفعل خصمه (وهما الحالتان اللتان نص عليهما مرسوم ٢٢ يوليه سنة ١٨٠٦). ثالثا: حالة ما اذا صدر الحكم دون مراعاة للاجراءات المقررة بالمواد ٣٥، ٣٦، ٣٨، ٣٩، ٦٦/١، ٦٧، ٦٨ من نفس القانون) وهى الحالة التى نظمتها سلفا المادة ٢٣ من القانون الصادر فى ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢

أما المادة ٧٦ فقد نظمت ميعاد الالتماس ونصت على وجوب تقديمه بواسطة محام، حتى ولو كانت الدعوى الأصلية مما يقدم الى المحكمة بغير محام. وهذا النص قد قطع برأى حاسم فى مناقشات كثيرة سابقة عليه أدت الى تغيير قضاء مجلس الدولة الذى انتهى الى نفس النتيجة التى جاء بها هذا النص.

أما المادة ٧٧ فقد نصت على أن الحكم الصادر فى الالتماس المقدم ضد حكم حضورى لا يجوز الطعن فيه مرة أخرى بالالتماس، وجاءت بعقوبة عند مخالفة ذلك.

٩ ــ الطعن فى القانون الادارى المصرى : أما فى مصر فقد تولت تنظيم هذا الطعن المادة ١٦ من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ حيث تقول : « يجوز الطعن فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى أو من المحاكم الادارية بطريق التماس إعادة النظر فى المواعيد والأحوال المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ــ ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم الا اذا أمرت المحكمة بذلك ــ واذا حكم بعدم قبول الطعن أو برفضه جاز الحكم على الطاعن بغرامة لاتجاوز ثلاثين جنيها فضلا عن التضمينات ان كان لها وجه ، ولا يسرى هذا الحكم بالنسبة الى الطعون المقدمة من هيئة مفوضى الدولة » . فالقانون المصرى لم يشأ ــ كما فعل المشرع الفرنسى ــ أن يخالف قواعد قانون المرافعات فى هذا الشأن بل أحال عليها صراحة فيما يتعلق بالأحوال والمواعيد . فاذا استعرضنا أحكام قانون المرافعات فى هذا الشأن لوجدنا أنه قد نظم الالتماس باعادة النظر بشىء من التفصيل بالمواد من ٤١٧ الى ٤٢٤

وسنتولى بحث هذا الطعن فى فصلين : الأول نستعرض فيه الأحوال التى يجوز فيها الطعن بالالتماس فى كلا القانونين الفرنسى والمصرى وأما الثانى : فسوف نخصصه لمواعيد واجراءات الطعن هنالك وهنا .

الفصل الأول

الأحوال التى يجوز فيها الطعن بالالتماس

هذه الأحوال وضعها المشرع فى كلا البلدين على سبيل الحصر فلا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها . وسندرس فى المبحث الأول هذه الأحوال فى القانون الادارى الفرنسى ، وفى المبحث الثانى القانون الادارى المصرى .

المبحث الأول

الأحوال التى يجوز فيها الطعن فى القانون الادارى الفرنسى

قلنا ان الالتماس باعادة النظر اذ يجوز فى قانون المرافعات فى احدى عشرة حالة نراه يضيق فى القانون الادارى فلا يسمح به الا فى ثلاث أحوال فقط ، وسوف نرى أثر ذلك عند ما نتكلم عن الطعن بتصحيح الغلط المادى .

§ ١ — الالتماس ضد حكم صادر بناء على ورقة مزورة :

١٠— الورقة المزورة يمكن اعتبارها كذلك لسببين : إما لأن تغييرا للحقيقة قد حدث فى ورقة صحيحة ، وإما لأنها قد خلقت منذ البداية مخالفة للحقيقة .

والواقع أنه توجد أكثر من فكرة عن الورقة المزورة[١] : فالقانون الجنائى الفرنسى (م ١٤٥) يشترط لتوقيع العقوبة توافر شرطين أوعنصرين أولهما عنصر مادى هو صنع ورقة أو تغيير الحقيقة فى ورقة موجودة فعلا وثانيهما : العنصر المعنوى وهو ركن القصد (intention frauduleuse) أما القضاء الادارى الفرنسى فيبدو أنه يميل الى الأخذ بنفس المبادىء الجنائية أى أنه لايقبل الطعن بالالتماس بناء على وجود ورقة مزورة الا اذا كان تزوير الورقة قد تم من الخصم الآخر عمدا ، وأقول انه يميل الى الأخذ بنفس المبادىء لأن ندرة الأحكام التى أصدرها مجلس الدولة الفرنسى فى الموضوع قد أدت الى صعوبة معرفة موقفه بالدقة فى هذا الشأن .

واذا استعرضنا مثالا مستمدا من حكم حديث نسبيا صادر فى قضية[٢] Caby, C E. 7 avril 1933. لوجدنا أن مجلس الدولة الفرنسى قد رفض أن يعترف بصفة الورقة المزورة لورقة لم تزيف عمدا : فقد حدث أن تمت انتخابات بلدية فى يوم ١٢ مايو سنة ١٩٢٩ وكان القانون يوجب أن يكون الاحتجاج ضد صحة هذه الانتخابات فى ظرف خمسة أيام أى حتى يوم ١٧ مايو سنة ١٩٢٩ ، وقد قام أحد ذوى الشأن فعلا بتسجيل احتجاجه فى سكرتارية المديرية فى آخر أيام الميعاد وهو يوم ١٧ مايو ولكن المدير فى تقريره سجل خطأ أن تسجيل الاحتجاج تم فى يوم ١٨ مايو ، قرر مجلس الدولة — وهو ينظر القضية كقاضى استئناف — رفض الدعوى لتسجيل الاحتجاج بعد الميعاد ، قدم الطاعن التماساً باعادة النظر لبناء الحكم على ورقة مزورة قاطعة فى الدعوى هى تقرير المدير ، رفض مجلس الدولة الفرنسى الالتماس — أى أنه رفض الاعتراف بصفة الورقة المزورة لذلك التقرير الذى لم يزور عمدا — ولكنه قبل الطعن لا كالتماس وانما كطعن

(١) أنظر تعليقاً موقعاً باسم .P. L فى سيرى ١٩٣٤ — ٣ — ١١٣ ،

(٢) سيرى ١٩٣٤ — ٣ — ١١٤ . تعليق .P. L .

بتصحيح الغلط المادى un recours de rectification d'erreur matérielle.
وقد اتجه مجلس الدولة نفس الاتجاه فى عدة أحكام قديمة (١) بل وأحكام حديثة ايضا(٢).

ولكن على الرغم من ذلك فان هنالك فى الفقه الفرنسى(٣) من يعتقد أن ركن العمد غير لازم فى فكرة الورقة المزورة فى صدد الطعن بالالتماس وأن وجود ورقة مزورة أو مصنوعة يكفى دون حاجة لبحث ما اذا كان ذلك قد تم قصدا أم عن غير قصد ، أعنى عمدا أم لا ، ونحن من ناحيتنا نفضل الأخذ بهذا الراى لأن الحكمة فى فتح طريق الطعن بالالتماس هو تصحيح ما عسى أن يكون قد لحق تقدير القاضى من خطأ كبير لا دخل له فيه نتيجة للورقة المزورة ، فسواء أكان الخصم قد زور الورقة عمدا أو أنه قدمها وهو غير عالم بتزويرها ففى كلا الحالين أحدثت الورقة المزورة أثرها السىء فى تقدير القاضى فأبعدته عن الصواب فيه ويجب أن يفتح فى كلا الحالين للذى صدر الحكم ضده طريق الطعن بالالتماس .

١١– هل وجود ورقة مزورة – أى ورقة مزورة – كاف بذاته لأن يفتح أمام المتقاضى سبيل الطعن بالالتماس ؟ (٤) قطعا لا ، بل لابد أن تكون الورقة مزورة :

(١) قاطعة فى الدعوى .
(٢) وأن تكون قد أدت بالقاضى الى عدم الصواب فى تقديره .

---

(١) أنظر حكم مجلس الدولة فى ٢ فبراير سنة ١٩٢١ مجموعة الأحكام ص ١٤ قضية : Habitants de Bischoffsheim c/ Teutsch et autre.

حكم مجلس الدولة فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٢٢ مجموعة ص ٣٠٥ فى قضية : Corsaire le Brawe c/ Baury.

حكم مجلس الدولة فى ٢ مايو سنة ١٨٣٤ مجموعة ص ٢٧٣ فى قضية : de Castellane c/ Castellan.

(٢) حكم مجلس الدولة فى ٢ أبريل سنة ١٩٢٢ مجموعة ص ٣٥٨ فى قضية : Loquè. .

حكم مجلس الدولة فى ١٧ يونيه سنة ١٩٢١ مجموعة ص ٦٠٧ فى قضية : Delle Manrot c/ Commune de Chantelle.

(٣) ألاستاذ P. L. فى تعليقه السابق فى سيرى ١٩٣٤ – ٣ – ١١٣

(٤) أنظر مقال الأستاد فيليب أندريه فنسان فى مجلة القانون العام سنة ١٩٣٨ ص ٤٢٨

(١) لابد أن تكون الورقة المزورة قاطعة فى الدعوى فاذا كانت ثانوية الأهمية أو عديمتها فلا يكون لها أثر فى امكان الطعن بالالتماس فمثلا قضى مجلس الدولة الفرنسى بأن غلطة بسيطة فى التاريخ لم تكن ذات أثر فى تحديد المجلس لقراره لايمكن أن تفتح الباب أمام الخصم للطعن بالالتماس[١] .

(٢) لا بد أن تكون قد أدت بالقاضى فعلا الى عدم الصواب فى تقديره ، فاذا لم يتوفر فى الورقة المزورة هذا الشرط ، فلا يجوز اعادة النظر فى الدعوى : فمثلا كأن كانت الورقة المزورة قاطعة فى الدعوى ولكنها مزورة بشكل مفضوح لا ينطلى على الذهن البشرى العادى أو أن تكون الورقة متقنة التزوير ولكن القضاة قد تنبهوا لها فلم تكن ذات شأن فى حكمهم .

والمناط فى ذلك كله ليس هو وجود الورقة المزورة فى ذاتها ولكنه الانعكاس الذى تحدثه تلك الورقة على أحكام القضاء من خطأ فى التقدير ومجانبة للصواب . ونفس هذه الحكمة هى التى دعتنا الى تأييد الرأى القائل بعدم اشتراط ركن العمد فى التزوير لأن المهم ليس هو البحث عن الجانى وانما البحث عن الأثر السيء الذى أحدثته فأبعد القاضى عن الصواب فى حكمه . ونفس هذه الحكمة سنراها واضحة الأثر ونحن ندرس الحالة الثانية وهى حجز ورقة قاطعة فى الدعوى بفعل الخصم .

§ ٢ — حالة حجز ورقة قاطعة فى الدعوى بفعل الخصم[٢] :

١٢— يشترط لتوافر هذه الحالة ثلاثة شروط :

(اولا) أن تكون الورقة المحجوزة قاطعة فى الدعوى (une pièce décisive)

(ثانيا) أن تكون قد أدت بالقاضى الى الخطأ فى التقدير .

(ثالثا) الركن الأدبى أو المعنوى .

---

(١) أنظر حكم مجلس الدولة فى ١٧ يونية سنة ١٩٢٨ فى قضية : Maurot c/ commune du Chantelle.

(٢) أنظر تعليق P. L. سيرى ١٩٣١ — ٣ — ٣٣ . مقال فيليب أندريه فنسان بمجلة القانون العام ١٩٣٨ ص ٤٣٠ وما بعدها .

١٣ـ (أولا) : يجب أن تكون الورقة المحجوزة قاطعة فى الدعوى :
وتعتبر كذلك اذا كان من شأنها أن تجعل القاضى يقضى بغير ما قضى به فى الدعوى لو أنه علم بها قبل الحكم ، وبالحكم الصادر فى قضية (Schweighauser) فى ٢٢ أغسطس سنة ١٨٥٣ رفض مجلس الدولة الالتماس لأنه كان قد وجد أن الأوراق المحجوزة والتى قدمت فى الدعوى لم تهدم الوقائع التى بنى عليها الحكم . وكذلك تعتبر الورقة غير قاطعة فى الدعوى اذا تعلقت بوقائع ثانوية الأهمية .

١٤ (ثانيا) : يجب أن تكون تلك الورقة القاطعة قد أدت بالقاضى الى الخطأ فى قضائه : فاذا لم تؤد بالقاضى الى أى خطأ فى تقديره إما لأنه كان قد افترض وجودها وراعى ذلك فى حكمه(١) أو لأن الخصم كان قد قدم صورة منها لم تنازع الادارة فى مطابقتها للأصل(٢) فان الالتماس يكون على غير أساس متعين الرفض(٣) .

١٥ (ثالثا) : ولكن ما هو نطاق الركن المعنوى ؟ هل يكفى أن يكون ذلك بخطأ الخصم la faute أم لابد أن يكون الحجز قد تم بغشه وتدليسه le dol ؟ اذا قارنا بين مرسوم ٢٢ يوليه سنة ١٨٠٦ (م ٣٢) ومن بعده الأمر الصادر فى ٣١ يولية سنة ١٩٤٥ وبين المادة ٤٨٠/١٠ المنظمة لنفس الموضوع فى قانون المرافعات المدنية والتجارية لوجدنا خلافا فى منطوق النص فبينما المادة ٤٨٠/١٠ تقول : retenues par le fait de la partie اذ بالمرسوم والأمر السابقين يقولان par l'adversaire .

---

(١) أنظر حكم مجلس الدولة فى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة الأحكام ص ٧٢٦ فى قضية : Guien

(٢) أنظر حكم مجلس الدولة فى ١٢ مايو ١٩١١ فى قضية : .Thiébaud

(٣) حالة توافرت فيها كل الشروط : أنظر حكم مجلس الدولة فى ١٦ يناير سنة ١٩٣١ فى قضية : Lanoé ، سيرى ١٩٣١ — ٣ — ٣٣ . تعليق .P. L

هذا عن النصوص . أما عن القضاء العادى فقد فسر المادة ٤٨٠ السالفة الذكر بوجوب كون حجز الأوراق تدليسا dolosive أعنى يجب أن يتوافر الركن المعنوى الذى يتكون لا من الخطأ la faute ولكن من التدليس le dol[(١)].

١٦ـ أما القضاء الادارى فانه لم يتابع القضاء العادى فى هذا التفسير ولم يشترط أبدا وجوب توافر ركن التدليس ، فمثلا فى قضية Chevallier[(٢)]. قبل مجلس الدولة الفرنسى الطعن لا لشىء الا لوجود ورقة قاطعة فى الدعوى موجودة فى أرشيف الادارة دون أن يوضح المجلس فى حكمه وجود أى محاولات تدليسية : أما قضية Lanoé[(٣)] فانها تتلخص فى أن المسيو Lanoé كان قد أرسل الى قلم كتاب محكمة المعاشات الأقليمية مذكرة مسببه ولكن مفوض الدولة لدى هذه المحكمة كان قد نسى أن يرسلها فى الوقت المناسب ال مجلس الدولة فرفض مجلس الدولة قضيته فرفع التماس باعادة النظر فى هذا الرفض مستندا على حجز هذه المذكرة فقضى له المجلس بقبول الطعن بالتماس اعادة النظر دون أن يثبت فى حكمه وجود أية محاولات تدليسية من جانب الادارة .

والواقع أنه يتبين لنا من مجموع الأحكام التى أصدرها مجلس الدولة الفرنسى ضد الادارة فى هذا الموضوع أنه وان لم يشترط التدليس فانه يتطلب وجود خطأ من جانب الادارة ؛ ويتضح لنا أيضا أن المجلس يفرض على الادارة التزاما بأن تقدم له ملفا كاملا به جميع الأوراق القاطعة فى الدعوى ، فاذا لم تفعل أخلت بواجبها أى أرتكبت خطأ وبهذا فان المجلس لا يقضى برفض الالتماس الا فى الأحوال التى يتبين فيها أن صاحب الشأن قد ارتكب خطأ يجب خطأ الادارة مثال ذلك أن يكون المدعى قد أهمل فى طلب ايداع الورقة القاطعة فى الدعوى فى ابان نظر القضية

---

(١) أنظر حكم أستئناف تولوز فى أول فبراير سنة ١٨٦٤ سيرى ١٨٦٤ — ٢ — ١٨ ، استئناف باريس فى ٢٢ مارس سنة ١٩١٤ سيرى ١٩١٥ — ٢ — ١٢

(٢) مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٦ ديسمبر ١٩٠٢ سيرى ١٩٠٥ — ٣ — ٩٥

(٣) ١٦ يناير سنة ١٩٣١ ؛ سيرى ١٩٣١ — ٣ — ٣٣ تعليق P. L.

أمام محكمة أول درجة فيكون بهذا الاهمال قد ارتكب خطأ يجب خطأ الادارة الذى يتكون من أنها قد أهملت أن تودع كل الأوراق القاطعة فى الملف أمام المجلس(١).

١٧ـ مثال آخر أكثر وضوحا ودلالة : متقاض وكل آخر عنه بتوكيل يصلح أمام جميع جهات قضاء الضرائب المباشرة من ١٩١٢ ـ ١٩١٣ . أستأنف هذا الوكيل حكما صادرا على موكله من مجلس ديوان المديرية le consiel de prefecture (المحكمة الادارية الآن بعد التعديل التشريعى الصادر سنة ١٩٥٣) أمام مجلس الدولة . قضى مجلس الدولة برفض الطلب المقدم من الوكيل بحجة عدم وجود التوكيل المطلوب . كان هذا التوكيل موجوداً فى محكمة أول درجة ولم يرسله قلم كتابها الى مجلس الدولة وانما وضعه فى قضية أخرى مرفوعة من نفس الأشخاص أمامه . قال المجلس ان الوكيل والموكل قد أخطأ كلاهما لأنهما لم يحددا فى أى دعوى يوضع هذا التوكيل . قضى المجلس برفض الالتماس المرفوع ضد الحكم الصادر برفض الاستئناف لأن خطأ أصحاب الشأن قد جب خطأ الأدارة : الادارة أخطأت فلم ترسل التوكيل الى مجلس الدولة ، والخصوم قد ارتكبوا خطأ لأنهم لم يحددوا فى أى دعوى يوضع التوكيل(٢).

١٨ـ ومن مجموع هذه الأحكام نتبين أن مجلس الدولة الفرنسى لايشترط أبداً تدليس الخصم le dol كالقضاء العادى وهذا باجماع الآراء ، وانما يشترط فقط الخطأ la faute الذى يتكون منه الركن المعنوى . هذا هو ما نعتقده وان كان بعض من كتبوا فى الموضوع مثل فيليب أندريه فنسان (مجلة القانون العام ١٩٣٨) قد زعموا أن الركن المعنوى غير موجود اطلاقا اى أن المجلس لا يتطلب خطأ ولا تدليسا ولكن نفس

---

(١) أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٧ يوليه ١٨٩٤ مجموعة الأحكام ص ٥١٨ فى قضية : Connard.

وانظر حكمه فى ٢٢ أغسطس سنة ١٨٥٣ مجموعة الأحكام ص ٨٦٣ فى قضية : Schweighauser.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ منشور فى سيرى ١٩٢٨ ـ ٣ ـ ٨٨ فى قضية : الموكل et Montlaur و(الوكيل) Villard .

المؤلف عاد وقال ان المجلس يتصرف كما لو كانت هنالك قرينة بسيطة على مسئولية الادارة présomption de responsabilité تتوافر كلما نقصت ورقة قاطعة من الملف أى أنها تعتبر مسئولة كلما نقصت ورقة قاطعة ولكنها تبرأ اذا ما ثبت خطأ من صاحب الشأن يجب خطأها[1].

والواقع أننا لانرى فارقا يذكر بين كلا الرأيين الموجودين فى الفقه الفرنسى : فسواء قلنا أن الادارة — طبقا لالتزام مفروض عليها بأن تقدم ملفا كاملا — تخطىء اذا نقصت ورقة قاطعة ويجب خطأها خطأ آخر من جانب صاحب الشأن ، أو قلنا بأن فكرة الخطأ منتفية أساسا أى أن الركن المعنوى ينتفى أساسا ، وانما أساس المسئولية هو قرينة خطأ على عاتق الادارة تتوافر فى كل مرة تنقص فيها ورقة قاطعة من الدوسيه وتنهار اذا ثبت خطأ من أصحاب الشأن ، فان النتيجة واحدة ، ونحن نفضل التكييف الذى جاء به الأستاذ P. L. فى التعليق السابق الذكر على ذلك الذى جاء به المسيو فيليب أندريه فنسان فى مجلة القانون العام .

وجدير بالذكر أن نقول ان كل المبادىء السابقة تقررت فى دعاوى ضد الادارة لا ضد الأفراد وقد ضغط المجلس ذلك الضغط على جانب الادارة لعلمه بأنها فى معظم الأحيان مدعى عليها وتستفيد بالميزات الكبيرة التى يتمتع بها من يترافع فى مركز المدعى عليه ، فضلا عن انها بامتيازاتها وقوتها تفوق كثيرا أى فرد عادى وهو يترافع ضدها ، لذلك هب المجلس الى نصرة الأفراد العاديين بأن قرر لهم تلك الحماية التى بسطنا أسسها ، ولكن هنالك سؤال يتبادر الى الذهن : ما الحل اذا كان المدعى عليه فردا عاديا ؟ أغلب الظن أن مجلس الدولة وقد كون قضاءه فى حجز الأوراق الذى ترتكبه الادارة سيطبق نفس المبادىء فى حالة الحجز الذى يقوم به أفراد ، وما ذلك الا لأن المبادىء القانونية اذا ما تم تكوينها أضحى لها صفة العموم والتجريد .

(١) أنظر بحثه السابق ص ٤٣٣ ، ٤٣٤

§ ٣ — عدم مراعاة القواعد الشكلية الأساسية فى تحضير الدعوى والحكم فيها :

١٩ — إن هذه الحالة الثالثة من أحوال الألتماس باعادة النظر لم توجد فى مرسوم سنة ١٨٠٦ وذلك لأن قواعد المرافعات الادارية la procédure administrative لم تكن قد وضحت وتحددت فى ذلك الوقت ولكنها أخذت تتضح وتتحدد خلال القرن التاسع عشر ، وعلى الأخص خلال النصف الأول من هذا القرن حتى جاء قانون ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢ وأعترف رسميا بوجود تلك القواعد ، وتجسم ذلك الأعتراف فى م ٢٣ التى فتحت الألتماس باعادة النظر فى حالة عدم مراعاة قاعدة أساسية من قواعد المرافعات الادارية .

وأخيرا جاء الأمر الصادر فى ٣١ يوليه سنة ١٩٤٥ ونص فى مادته الخامسة والسبعين فضلا عن الحالتين السابقتين على جواز تقديم الالتماس : « اذا صدر الحكم بغير مراعاة المواد ٣٥ ، ٣٦ ، ٣٨ ، ٣٩ ، ٦٦ / ١ ، ٦٧ ، ٦٨ من هذا القانون » ونحن اذا راجعنا هذه المواد لوجدنا أنها المواد الخاصة ببيان قواعد المرافعات الادارية فيما يخص تشكيل هيئة التحضير والحكم ثم تنظيم اصدار الأحكام .

٢٠ — (أولا) : تشكيل هيئة التحضير والحكم : أما عن المواد ٣٥ ، ٣٦ ، ٣٨ ، ٣٩ ، فهى تنظم بين مواد أخرى هيئات التحضير والحكم وكيفية تشكيل كل منها والنصاب الواجب توافره لصحة المداولة .

وقبل أن نشير الى هذه المواد بشىء من التفصيل نذكر القارىء بأن مجلس الدولة الفرنسى يتكون من خمسة أقسام : أربعة أقسام ادارية والخامس هو القسم القضائى la section du contentieux وهو يشمل عدا رئيس القسم ٢٢ مستشارا من السبعة والأربعين مستشارا الموجودين بمجلس الدولة الفرنسى عدا عددا ضخما من النواب والمندوبين .

والقسم القضائى مقسم الى تسع دوائر صغيرة sous-sections (بمقتضى مرسوم ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٠) ، يتكون كل منها من ثلاثة مستشارين يكون أقدمهم رئيسا وعضو رابع هو المقرر ويكون إما مندوب أو نائب وله صوت معدود فى المداولات . الأربع دوائر الأولى لها شأن غريب : فهى دوائر تحضير وحكم فى آن واحد لما يسمى القضاء العام Le contentieux général وتقوم كل منها بتحضير جزء من هذا القضاء العام (وهذا القضاء العام يتكون من كل القضاء غير المسمى أى غير المندرج تحت أى نوع من أنواع القضايا التى تختص بالفصل فيها دائرة واحدة والتى سيأتى تعدادها فيما بعد) ثم تجتمع الدائرتان الأولى والثالثة ، والثانية والرابعة ، تكون كل اثنتان دائرتين مجتمعتين sous-sections réunies ، أعنى أن يكون لدينا من هذه الدوائر الأربع هيئتان . وهذه الهيئة أى sous-sections réunies المكونة من دائرتين هى الهيئة العادية المختصة بالفصل فى قضايا القسم العام أى le contentieux général ويرأس كل هيئة رئيس القسم القضائى le président de la section du contentieux وعند غيابه أقدم رئيس من رئيسى الدائرتين . يتبقى لدينا من الدوائر التسع خمس دوائر تكون كل دائرة منها هيئة للفصل فى نوع معين من القضايا أى فى نوع خاص مسمى من القضايا : فالدائرة الخامسة مثلا تختص بقضايا الانتخابات والسادسة بقضايا بطاقات المحاربين (وهى تمنح مزايا عديدة ذات قيمة ولذلك يحرص أصحاب الشأن على الحصول عليها) والوظائف المحجوزة بمقتضى القانون لبعض ذوى العاهات الذين اصيبوا فى ميدان الشرف ، والدائرتين السابعة والثامنة تختص كل منهما فى قضايا الضرائب المباشرة ، والتاسعة تختص بقضايا الاستيلاء واصابات المرور أى اصابات الأفراد فى أرواحهم وأموالهم من السيارات التى تكون الادارة مسئولة عنها .

وتوجد أيضا هيئتان تساهمان فى حمل ولاية القضاء وهما القسم القضائى كله La section du contentieux والجمعية العامة L'assemblèe plènière وتحال اليهما أى قضية من القضايا الداخلة فى اختصاص مجلس الدولة اذا طلبت الاحالة من نائب رئيس مجلس الدولة le vice-président

أو من رئيس القسم القضائى أو من الدائرتين المجتمعتين أو من الدائرة الواحدة (فى حالة اختصاصها بالحكم فى قضية ما) أو من مفوض الدولة .

أما اذا كانت القضايا فى مرحلة التوزيع ، أى قبل توزيعها فعلا على الدوائر فتكون الاحالة إما بقرار من نائب رئيس مجلس الدولة أو من رئيس القسم القضائى (م ٣٧) ، وغنى عن البيان أن المقصود بتلك الاحالة هى القضايا الدقيقة التى يراد أن تصدر فيها أحكام ذات مبادىء arrêts de principe بقصد تثبيت القضاء على مبادىء معينة فى مسألة من المسائل وهذا بغير شك فى مصلحة المتقاضين حتى يضمن القانون لهم مساواة فعلية فى المعاملة ، فليس أدعى الى الأسف من أن يشعر الفرد بضياع حقه نتيجة للتفسير المتناقض لأحكام القانون .

٢١– والآن لنستعرض أحكام المواد ٣٥ ، ٣٦ ، ٣٨ ، ٣٩ ، التى تؤدى مخالفة احداها الى الطعن فى الحكم بالتماس اعادة النظر .

أما عن المادة ٣٥ : فهى تتكلم عن تشكيل الدائرة الواحدة : فهى تشكل من ثلاثة مستشارين برئاسة أحدهم (عادة يكون هو أقدمهم فى جدول الأقدمية) ينضم اليهم عضو رابع هو المقرر ويكون نائبا أو مندوبا ويكون له صوت معدود فى المداولات . وهذه الدائرة لاتصدر حكما الا اذا كان ثلاثة على الأقل من هؤلاء الأعضاء الذين لهم صوت معدود فى المداولات قد حضروا الجلسات ، ويجب أن يكون من هؤلاء الثلاثة مستشاران . أعنى أن النصاب le quorum هو ثلاثة بينهم مستشاران . ولاتستطيع هذه الدائرة الواحدة أن تفصل فى الدعوى الا بعدد فردى من الأعضاء فاذا حضر مثلا فى دائرة ما الثلاثة المستشارين والنائب المقرر أصبح العدد أربعة فيجب فى هذه الحالة دعوة أقدم نائب حاضر فى الجلسة للجلوس للقضاء . أما اذا كانت دائرة تحضير فيجوز أن تتداول بعدد زوجى ، وفى حالة تساوى الأصوات يجب دعوة أقدم نائب حاضر فى الجلسة . ويلاحظ أنه يجوز لنائب رئيس مجلس الدولة أو لرئيس القسم القضائى أن يرأس أيا من هذه الدوائر . واذا طرأ مانع من غياب أو سواه

يمنع مستشارا أو أكثر من الجلوس للقضاء بحيث لم يتوافر النصاب القانونى — والنصاب القانونى يعتبر غير متوافر اذا غاب أكثر من مستشار — فان النصاب يجب أن يكمل بمستشارين وبصفة استثنائية فى حالة عدم وجود مستشارين فانه يكمل بنواب . أما اذا غاب مستشار واحد فقط فان النصاب يكون متوافرا (لأنه يبقى لدينا مستشاران والمقرر) فاذا كان هذا المستشار الغائب هو الرئيس حل محله فى الرئاسة أقدم الأعضاء الباقين . هذا عن المادة ٣٥ .

أما عن المادة ٣٦ : فهى تتكلم عن اختصاص الدائرة الواحدة والدائرتين المجتمعتين sous - sections réunies فتقول : ان القضايا التى لاتندرج تحت قضايا المعاشات أو الوظائف المحجوزة لجرحى الحرب أو قضايا بطاقات المحاربين ، أو الانتخابات الاقليمية أو الضرائب المباشرة هى من اختصاص هيئة من دائرتين مجتمعتين تحت رئاسة رئيس القسم القضائى وعند غيابه تحت رئاسة أقدم رئيس فى الدائرتين .

أما القضايا المذكورة آنفا والتى قلنا فيما سبق أن دائرة واحدة يمكنها الفصل فيها فيمكن طبقاً لهذه المادة أن تحال الى هيئة مشكلة من دائرتين مجتمعتين اذا طلب ذلك نائب رئيس مجلس الدولة أو رئيس القسم القضائى أو الدائرة المنظور أمامها الدعوى أو مفوض الدولة .

ويجوز لنائب رئيس مجلس الدولة أن يرأس الدائرتين المجتمعتين ، ويكون للنائب أو المندوب المقرر صوت معدود فى المداولات ، وأما النصاب الواجب توافره أى عدد الأعضاء الذين يجب أن يحضروا الجلسات فهو خمسة على الأقل .

ولا تجوز المداولة والحكم اذا كان عدد الحاضرين أقل من خمسة أو عدد زوجى (ستة مثلا) لأن المداولة لاتصح الا بعدد فردى فيضاف الى العدد الزوجى واحد : مستشار أو نائب .

ويلاحظ أن كل هذا التنظيم الدقيق للتشكيل والمداولة انما يقصد به مصلحة المتقاضين والرغبة فى أن يتمتعوا بقسط وافر من عدالة القضاء الادارى .

أما المادة ٣٨ : فتتكلم عن تشكيل القسم القضائى عند ما تجتمع للفصل فى الدعاوى : فهو يتكون من :

(١) رئيس القسم وتكون له الرئاسة وعند غيابه تنتقل الرئاسة الى أقدم رؤساء الدوائر الحاضرين فى الجلسة .

(٢) رؤساء الدوائر ، وفى حالة غياب أى رئيس يحل محله أقدم مستشار فى الدائرة .

(٣) مستشارى الدائرة أعنى عضوى الدائرة التى أحالت الدعوى ويكون للنائب أو المندوب المقرر صوت معدود فى المداولات . ويتكون النصاب من خمسة ، أى يجب أن يحضر من هؤلاء على الأقل خمسة .

ويجوز لنائب رئيس المجلس أن يتولى الرئاسة ، وتسرى نفس القواعد السابقة فيما يتعلق بالعدد الزوجى والفردى .

وأخيرا تتكلم المادة ٣٩ : عن تشكيل الجمعية العامة للقضاء L'assemblée plénière du contentieux من :

(١) نائب رئيس مجلس الدولة .

(٢) رئيس القسم القضائى ورؤساء الدوائر .

(٣) أربعة مستشارين بواقع مستشار من كل قسم ادارى تعينه الجمعية العمومية للمجلس .

(٤) أربعة أعضاء احتياطين بنفس الشروط السابقة .

وتكون الرئاسة لنائب الرئيس ثم لرئيس القسم القضائى ثم لأقدم رؤساء الدوائر الحاضرين . ويكون للنائب أو المندوب المقرر صوت فى المداولات . أما النصاب الواجب توافره فهو تسعة أعضاء . وتسرى

نفس القواعد السابقة بشأن العدد الزوجي والفردى . هذه المواد الأربعة انما تتعلق بتشكيل الهيئة المختصة بتحضير القضايا والحكم فيها وهى تبين عدد الأعضاء والنصاب الواجب توافره واختصاص كل هيئة وكيفية الاحالة على الهيئات الكبرى كالقسم القضائى أو الجمعية العامة للقضاء ونظام المداولة ورئاسة الجلسات . ومخالفة أى حكم من أحكام المواد السابقة انما يؤدى الى فتح طريق الطعن بالتماس اعادة النظر .

٢٢ـ (ثانياً) تنظيم اصدار الأحكام : يتبقى لدينا الآن فى هذا الموضوع استعراض المواد ١٦٦ ، ٦٧ ، ٦٨ .

أما المادة ١٦٦ فتنص على علانية الجلسات « التى تصدر فيها الأحكام » وذلك فيما عدا قضايا الضرائب .

أما المادة ٦٧ فتنص على حق محامى الأفراد فى تقديم ملاحظات شفوية بعد تقرير المقرر . ثم يعد مفوض الدولة مذكرة بآرائه les conclusions وهو اما مفوض فى درجة نائب أو مفوض مساعد فى درجة مندوب .

أما المادة ٦٨ فتنص على وجوب اصدار الأحكام علنا فيما عدا قضايا الضرائب . ويجب أن يشتمل الحكم على أسماء الخصوم ومحل اقامتهم وطلباتهم والاطلاع على الأوراق الرئيسية والقوانين الواجبة التطبيق . ويجب أن يوقع من الرئيس والمقرر وسكرتير الجلسة ويسجل فى محضر جلسة المداولات الذى يجب أن يذكر فيه أسماء الأعضاء الذين حضروا المداولة .

وهذه المواد شأنها شأن المواد السابقة تؤدى مخالفتها الى فتح طريق الطعن بالتماس اعادة النظر . هذه هى الأحوال الثلاث التى يجوز فيها الطعن بالالتماس فى القانون الفرنسى . وندرس الآن فى المبحث الثانى من الفصل الأول الأحوال التى يجوز فيها الطعن فى القانون الادارى المصرى .

المبحث الثانى

الأحوال التى يجوز فيها الطعن بالالتماس فى القانون الادارى المصرى

٢٣ــ قلنا فى مقدمة هذا الباب أن قانون مجلس الدولة المصرى قد أحال بالمادة ١٦ منه على قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما يتعلق بالأحوال والمواعيد التى يجوز فيها الطعن بالالتماس . فاذا ما استعرض الباحث أحكام قانون المرافعات لوجد أنه قد نظم الأحوال التى يجوز فيها الطعن بالمادة ٤١٧ الآتى نصها « يجوز للخصوم أن يلتمسوا اعادة النظر فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية فى الأحوال الآتية :

١ ــ اذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير فى الحكم .

٢ ــ اذا حصل بعد الحكم اقرار بتزوير الأوراق التى أسس عليها أو قضى بتزويرها .

٣ ــ اذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة .

٤ ــ اذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة فى الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها .

٥ ــ اذا قضى الحكم بشىء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه .

٦ ــ اذا كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض .

٧ ــ اذا صدر الحكم على شخص ناقص الأهلية أو على جهة الوقف أو على أحد أشخاص القانون العام أو أحد الأشخاص المعنوية لم يكن ممثلا تمثيلا صحيحا فى الدعوى » .

وقبل أن نمضى فى دراسة هذه الأحوال تتبادر الى الذهن ملاحظة أولية عن الضيق الذى يعانيه هذا الطعن فى فرنسا والسعة التى يتمتع بها فى مصر ، فقد أحال قانون مجلس الدولة ببساطة على قانون المرافعات فى هذا الشأن ، وهذا الأخير قد جاء لا بثلاث حالات وانما بسبع حالات

وقد كان لهذا الضيق الذى يعانيه الطعن فى فرنسا أثرا فى تحديد نطاق الطعن بتصحيح الغلط المادى بما سنراه فى الباب التالى عند دراسة هذا الطعن بالتفصيل ،

ونحن اذ نستعرض الآن هذه الأحوال ، سنحاول أن نشرحها شرحا (اداريا) أى مستمدا من القضاء الادارى الذى يوجد لدينا من أحكامه عدد ضخم . حقا ان القواعد التى وضعها مجلس الدولة المصرى لاتختلف دائما عن القواعد التى قررها فقه المرافعات المدنية والتجارية ، ولكننا سنجعل مناط دراستنا هو القضاء الادارى المصرى قبل أى شىء آخر .

§ ١ — اذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير فى الحكم :

٢٤— حقا ان قانون المرافعات المصرى لم يعرف الغش ، ولكن مجلس الدولة المصرى فى أحكامه العديدة التى أصدرها فى هذا الشأن قد عرف الغش « بأنه استعمال أحد الخصوم طرقا احتيالية أثناء نظر الدعوى لمنع الخصم الآخر من معرفة الحقيقة ويكون من شأنها التأثير على المحكمة » (مجموعة أحكام مجلس الدولة السنة الخامسة ص ٦٩٠ ، السنة السادسة ص ١٢٢٧) .

أو بعبارة أخرى « هو أعمال التدليس والمفاجآت الكاذبة التى يعمد اليها الخصم ليخدع بها المحكمة ويؤثر بذلك فى عقيدتها » (مجموعة أحكام مجلس الدولة . السنة السابعة ص ٨٠٥) .

وقد استقر قضاء مجلس الدولة المصرى فى تعريفه للغش الذى يجيز قبول الالتماس على وجوب توافر العناصر التالية [١] :

---

(١) أنظر أحكام مجلس الدولة المصرى المنشورة فى مجموعة أحكام المجلس السنة الثالثة ص ١١٢٧ ، ص ٤١٤ ؛ والسنة الرابعة ص ٣٩٦ ومجموعة أحكام السنة الخامسة ص ١١٣١ ، ٦٩٠ ؛ السنة السادسة ص ٣٦ ، ١١٧١ ، ١٢٢٧ ؛ والسنة السابعة ص ٥٧٥ ، ٦٠٨ ، ٦٤٢ ، ٦٨٣ ، ٨٠٥ ، ٩٥٢ ، ١٢٨١ .

(١) عنصر مادى : هو ايراد أقوال أو وقائع كاذبة أثناء نظر الدعوى[1]، ويشترط فى هذه الأقوال والوقائع الكاذبة أن تكون أثناء نظر الدعوى حتى تنجح فى تضليل المحكمة ، فالأقوال والوقائع الكاذبة التى تصدر من الخصم قبل رفع الدعوى — طالما أنها لم ترد فى الدعوى — فانها تكون من قبيل حرب الأعصاب ، ولا تجيز اطلاقا قبول الطعن لسبب بسيط هو أنه بعدم وجودها فى الدعوى لم تؤثر فى رأى المحكمة .

(٢) يجب أن تكون هذه الاعمال الاحتيالية صادرة من الملتمس ضده شخصيا أو وكيله ، فلا يمكن أن تكون مجهولة الفاعل .

(٣) يجب أن تكون الوقائع المكونة للغش قد ظهرت للملتمس (المحكوم ضده فى الحكم المطعون فيه بالالتماس) بعد الحكم ، أو بعبارة أخرى يجب أن تكون مجهولة منه أثناء المرافعة فى الدعوى وبذلك يستحيل عليه دفعها وتفنيدها سواء أكانت الاستحالة مادية أو أدبية ، فاذا كان الملتمس مطلعا على عمل خصمه ومع ذلك لم يناقشه أو كان فى استطاعته أن يتبين ذلك الغش ولكنه سكت عنه بعدم كشف حقيقته للمحكمة أو كان فى مركز يمكن له أن يراقب كل تصرفات خصمه ومع ذلك لم يقم بأى دفاع فيما يتظلم منه فلا يصح قبول التماسه لسبب بسيط — أبداه المجلس فى أحد أحكامه — هو أن طريق الالتماس باعادة النظر انما هو طريق غير عادى للطعن فلا يصح أن يكون وجها يتمسك به الخصم المهمل الذى كان فى استطاعته أن يدافع عن نفسه ولم يفعل .

(٤) يجب أن يكون الغش قد أثر فى تكوين عقيدة المحكمة ، أعنى أن يكون الحكم قد بنى على الوقائع المكذوبة التى لفقها الخصم لادخال الغش على المحكمة فلا تأثير للغش اذا كانت تلك الوقائع مكذوبة لم تعتمد عليها المحكمة فى حكمها ، أو لم يكن من شأنها أن تؤثر فى رأيها اذا ثبتت لها حقيقتها .

---

(١) أنظر على الأخص الحكم المنشور فى مجموعة الأحكام ، السنة السابعة ، ص ٦٤٢ .

٢٥– ولم تتوافر هذه العناصر خلال سنوات خمس من مجموعات الأحكام – من السنة الثالثة حتى آخر السنة السابعة بل والمجلد الأول من السنة الثامنة – الا مرة واحدة قبلت فيها محكمة القضاء الادارى الالتماس باعادة النظر وقد كان ذلك فى القضية رقم ٤٥٤ لسنة ٣ قضائية المنشورة فى مجموعة الأحكام السنة الخامسة ص ١١٣١ ، وقد أصدرت المحكمة حكمها بقبول الالتماس وإلغاء الحكم المطعون فيه وتعديل أقدمية الملتمس وما يترتب على ذلك من آثار بالتطبيق لقواعد التنسيق وقد كانت الأقوال والوقائع الكاذبة التى كونت الركن المادى فى الغش تتلخص فيما قدمته الادارة من بيانات غير صحيحة عن أقدمية الموظفين ، فلكى تموه على مجلس الدولة حقيقة ترتيب المدعى فى كشف الأقدمية – وكان هذا الترتيب يسمح له بالترقية – جاءت بموظف من فرع ادارى آخر ووضعت أسمه قبل المدعى ، فبدلا من أن يكون ترتيبه السادس فيرقى لوجود ستة درجات خالية أصبح ترتيبه السابع ففاتته الترقية . وكان السبب فى ذلك هو الموظف الذى جاءت به الادارة من فرع ادارى آخر لتزج باسمه عنوة فى كشف الأقدمية . وقد قال مجلس الدولة فى حيثيات حكمه :

« ومن حيث أن ملف الموظف هو الوعاء الطبيعى الذى يحوى من الأوراق والقرارات والبيانات ما يحدد مركزه القانونى قبل الحكومة كما يتحدد به مركزه قبل غيره من الموظفين . والحكومة باعتبارها الأمينة على هذه الملفات وما تحويه من أوراق وبيانات لاشك أن للموظف الحق فى أن يستند اليها فى صدد تحديد مركزه القانونى واثبات حقوقه ، ويتعين عليها أن يكون ما تدلى به من بيانات وأوراق مطابقاً لما هو ثابت فى الملفات فان أخفت الحقيقة فى هذا الشأن وكان لذلك أثره فى تكوين عقيدة المحكمة كان عملها غشاً مما يجيز التماس اعادة النظر فى الحكم طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٤١٧ من قانون المرافعات » .

§ ٢ — صدور الحكم بناء على ورقة مزورة :

م ٢/٤١٧ « اذا حصل بعد الحكم اقرار بتزوير الأوراق التى أسس عليها أو قضى بتزويرها » .

٢٦— يشترط لقبول الالتماس بناء على هذه الحالة أربعة شروط[١] :

(أولا) أن تكون الأوراق المزورة أساسية وقاطعة فى الدعوى بحيث يمكن القول بأن الحكم قد « أسس عليها » أما اذا كانت الأوراق المزورة ثانوية الأهمية أو كان بعضها أساسيا وقاطعا ولكن الباقى من الأوراق القاطعة يكفى لتأسيس الحكم عليه فلا يكون الالتماس مقبولا .

(ثانيا) أن يتضح التزوير باحدى طريقتين :

١ — إما باقرار من زور الورقة .

٢ — أو بصدور حكم سواء أكان ذلك الحكم صادرا من محكمة جنائية أو مدنية[٢] .

(ثالثا) يجب أن يتم ذلك بعد الحكم المطعون فيه بالالتماس وقبل رفع الالتماس نفسه أى أنه لايجوز أن يرفع الالتماس ليتمكن الملتمس من اثبات التزوير للمحكمة لتقرره بحكم قضائى أو باستجواب المنسوب اليه التزوير ليقرره بنفسه .

(رابعا) لايشترط أن يكون الخصم نفسه قد قام بتزوير الأوراق أو أن يكون عالما بتزويرها ، فسواء أكان هو الفاعل أم لا وسواء أكان هو عالما بتزوير الأوراق التى أسس عليها الحكم أم لا ففى كلا الحالين يجوز الطعن بالالتماس اذا توافرت الشروط السابقة .

§ ٣ — بناء الحكم على شهادة زور :

٢٧— م ٣/٤١٧ « اذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدورها بأنها مزورة » .

---

(١) ليس هناك قضاء من مجلس الدولة المصرى مبنى على هذه الحالة .

(٢) الدكتورعبد المنعم الشرقاوى : الوجيز فى المرافعات طبعة ١٩٥١ ص ٤٨٦

هذه الحالة التى يتصور ورودها بكثرة فى المرافعات المدنية والتجارية لا يمكن تصورها فى القانون الإدارى الا بصعوبة كبيرة لأنها فى الحقيقة نادرة الوقوع نظرا لاختلاف طبيعة المرافعات الادارية عن المرافعات المدنية والتجارية .

فالمرافعات الادارية انما تعتمد أساساً على المذكرات المكتوبة وعلى الملفات الموجودة لدى الادارة وما تحتويه هذه الملفات من أوراق ، أى أنها تتميز بأنها ذات صفة كتابية de caractère écrit وشهادة الزور انما تتصور كثيرا فى المرافعات التى تغلب عليها الصفة الشفوية .

ونحن لم نعثر على أى حكم قبل الالتماس بناء على هذه الحالة ، بل ولم نعثر على أى طعن بالالتماس اعادة النظر بناه الملتمس على هذه الحالة ، وعلى أى فأنه طبقاً لهذه الفقرة الثالثة يجب توافر ثلاثة شروط :

(أولا) أن يكون الحكم مبنيا على شهادة الزور : ومعنى أن يكون مبنيا هو أن تكون تلك الشهادة أساسية وقاطعة فى الدعوى .

(ثانيا) يجب أن يقضى بأن تلك الشهادة مزورة : أعنى أن شهادة الزور يجب أن تقرر بحكم قضائى فلا يكفى بطبيعة الحال مجرد ادعاء الملتمس .

(ثالثا) يجب أن يكون ذلك القضاء بعد صدور الحكم المطعون فيه بالالتماس وقبل رفع الالتماس نفسه .

§ ٤ — حجز الأوراق القاطعة فى الدعوى :

٢٨— نص م ٤/٤١٧ على جواز الطعن فى حالة ما « اذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة فى الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها » .

وقد استقر قضاء محكمة القضاء الادارى على وجوب توافر أربعة شروط حتى يتسنى قبول الالتماس مبنيا على هذه الحالة[1] :

---

(١) أنظر الأحكام المنشورة فى مجموعة الأحكام السنة الخامسة ص ٦٩٠ ، السنة السادسة ص ٦٣٥ ، ص ١٢٢٧ ، ص ١٢٦٠ .

(أولا) أن تكون هناك أوراق قاطعة فى الدعوى ، وهى الأوراق التى كان يمكن أن تؤثر فى قضاء المحكمة بتغيير وجه الحكم فيها لو أنها قدمت أثناء نظر الدعوى التى أدت الى الحكم المطعون فيه بالالتماس . وقد قضت محكمة القضاء الادارى بأنه لا تأثير لحجز الأوراق اذا لم يترتب على تقديمها نجاح الملتمس فى طلباته أو دفاعه[1] .

(ثانيا) أن تكون هذه الأوراق قد حجزت بفعل الخصم نفسه : فلو أنها حجزت بفعل الطاعن نفسه كأن يكون قد نسيها أو فقدها — فى ظروف لا دخل لخصمه فيها — ثم استردها فلا يجوز له الطعن معتمدا على هذه الفقرة ، وكذلك الحال لو أنها حجزت بفعل شخص آخر بغير أن يكون هناك تواطؤ بينه وبين الخصم ، أما اذا كانت الأوراق القاطعة قد حجزت بفعل شخص آخر بناء على تحريض وتواطؤ الخصم فنرى وجوب القول بتوافر هذا الشرط لأنها — أى الأوراق — يمكن أن تعتبر محجوزة « بفعل الخصم نفسه » .

(ثالثا) أن يجهل الملتمس وجود هذه الأوراق القاطعة تحت يد خصمه ، ويجب أن تجهل المحكمة وجود هذه الأوراق أيضا[2]. والأمر الأول قد يسبب الأمر الثانى ، ولكن الأمر الثانى هو الأهم : فجهل الملتمس سيؤدى به الى ألا يطلب من المحكمة الاطلاع على تلك الأوراق فتقضى فى الدعوى وهى جاهلة بوجودها وقد تخطىء فى ذلك فى قضائها ، ولكن جهل المحكمة بوجود تلك الأوراق هو الأهم لأن الغاية من وجود هذا الطعن هو تصحيح بعض ما عسى أن تقع فيه المحكمة من أخطاء فاذا كانت المحكمة لم تقع فى أى خطأ بأن كانت عالمة بوجود تلك الأوراق ولكنها لم تطلب الاطلاع عليها مكتفية بما لديها من أوراق قاطعة فلا يجوز الطعن بالتماس اعادة النظر وقد قضت محكمة القضاء الادارى فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٢ قضائية (مجموعة الأحكام السنة الخامسة ص ٤١٤) بأنه « اذا اتضح أن طلبات الملتمس وأقواله ودفاع الحكومة وأسانيدها كانت مبسوطة لدى المحكمة فى غير استخفاء وقد كانت المحكمة على علم تام بعدم تقديم التقارير

---

(١) أنظر مجموعة الأحكام . السنة الثالثة ص ١١٢٧ ، السنه السابعة ص ٨٠٥ ، ١٢٧١

(٢) أنظر مجموعة الأحكام . السنة السادسة ص ٢٤٣ .

السرية ورغم ذلك اكتفت فى تكوين رأيها بما بين يديها من أوراق ، يكون الالتماس غير قائم على أساس صحيح متعينا رفضه » (نفس المبادىء فى مجموعة الأحكام ، السنة السادسة ص ٢٤٣) .

(رابعا) يجب أن يحصل الملتمس فعلا على الأوراق القاطعة ويقدمها للمحكمة (السنة السادسة ص ٣) .

§ ٥ — الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه :

م ٥/٤١٧ « اذا قضى الحكم بشىء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه » .

٢٩— اذا قضى الحكم بشىء لم يطلبه الخصوم extra petita أو بأكثر مما طلبوه ultra petita جاز الطعن فيه بالالتماس باعادة النظر فاذا اختلط قضاء المحكمة الصادر بهذا الشكل بعيب مخالفة القانون la violation de la loi كنقص فى التسبيب أو مخالفة لقوة الشىء المقضى به كان الطريق الوحيد الواجب الاتباع هو طريق الطعن بالنقض(١).

وقد أتيحت الفرصة لمحكمة القضاء الادارى فى مصر أن تفسر هذه الفقرة من المادة ٤١٧ (فى القضية رقم ٣٦٤ لسنة ٤ قضائية ، مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة السابعة ص ٢٤٤) بمناسبة التماس بناه الملتمس على أن المحكمة قد استوجبت نجاحه فى الامتحان للافادة من الفئة الثالثة للصناع الممتازين فجاء حكمها مخالفاً لأحكام كادر العمال الصادر فى ٢٣ نوفمبر ١٩٤٤ وبذلك قضت بما لم يطلبه الخصوم ، فردت المحكمة على ذلك محددة معنى الطلبات التى يعتبر القضاء بها قضاء بما لم يطلبه الخصوم فقالت : « انها الطلبات المقررة للحقوق لا المؤدية لاثبات الحقوق أو نفيها ، وبمعنى آخر هى الطلبات التى يقصد بها الخصوم الحكم لهم بشىء معين لا الأدلة التى يقدمونها لاثبات طلباتهم ولا أى طلب يستند الى نص قانونى فاذا قضت المحكمة بالطلب استنادا الى نص قانونى فلا تعتبر أنها حكمت بما لم يطلبه الخصوم والقول

(١) أنظر نقض مدنى فرنسى ٨ يناير ١٩٢٤ ، ٢٥ مارس ١٩٢٤ سيرى ١٩٢٤—١ — ١٣؛ وأنظر أيضا تعليق للاستاذ Chavegrin فى سيرى ١٩٢٩ — ١ — ٣٢١

بخلاف ذلك فيه خلط كبير بين الالتماس والنقض اذ ولو أن كلا منهما طريق استثنائى للطعن فى الأحكام الانتهائية وكل منهما يؤدى الى نتيجة واحدة هى الغاء الحكم المطعون فيه ، إلا انهما يختلفان فى أن أولهما يرفع الى المحكمة التى أصدرت الحكم الانتهائى باعتبار أن حكمها صدر على خلاف الحقيقة لخطأ فى الموضوع غير مقصود منها أو كان ناتجا مما فعله الخصم لتضليلها وبالاختصار للأسباب الواردة على سبيل الحصر فى م ٤١٧ مرافعات . أما ثانيهما فيرفع الى محكمة أعلى من التى أصدرت الحكم المطعون فيه على أساس فهم خطأ فى الاجراءات أو فى الحكم أو لخطأ فى تطبيق القانون » وقد خلصت المحكمة من هذا الى أنها بتفسيرها لقواعد كادر العمال بأنه يجيز للموظف الذى ليس من العمال أن يفيد من كادر الفئة الثالثة للصناع الممتازين بشرط نجاحه فى الامتحان أمام اللجنة المختصة اذا ما نوزع فى درجة كفايته لمثل هذه الفئة ، لا يعتبر قضاؤها قضاء بما لم يطلبه الخصوم ، وسواء أكانت قد أخطأت أو أصابت فى تفسير تلك القواعد فان ذلك لايصح أن يكون وجها للالتماس .

٣٠ــ ومن هذا يصح لنا أن نستخلص القواعد الآتية :

(١) يعتبر قضاء بما لم يطلبه الخصوم ، تقرير حقوق لهم أكثر مما طلبوا : فاذا طلب موظف مثلا ارجاع أقدميته فى الدرجة الخامسة الى يناير سنة ١٩٤٩ وحكم له بارجاع أقدميته فيها الى يناير سنة ١٩٤٨ فان الحكم يمكن الطعن فيه بالالتماس من الادارة .

ولكن اذا حكم له المجلس بما طلب ، أو رفض الحكم له بما طلب مستعينا فى كلا الحالين بأدلة لم يقدمها الخصوم كان حكمه بعيدا عن الطعن فيه بالالتماس وذلك بناء على طبيعة المرافعات الادارية التى تعتبر موجهة بواسطة القاضى dirigée par le juge ، أعنى أن القاضى الادارى انما يتمتع بسلطات أوسع من تلك التى يتمتع بها القاضى المدنى ، من حيث المجهود الذى يقوم به للوصول الى إنزال حكم القانون فى المنازعة والأدلة التى يمكن استخلاصها من ملف الدعوى وان لم يتقدم بها الخصوم .

(٢) فهذه الطبيعة الخاصة للمرافعات الادارية تدفعنا اذن الى القول أنه اذا حكم القاضى الادارى بطلبات لم يطلبها الخصوم وكان حكمه مبنيا على نص قانونى فان قضاءه فى هذا لا يعتبر قضاء بما لم يطلبه الخصوم، لأنه ملزم بأن يقود المرافعات، بأن يوجه المرافعات، ويعمل جميع قواعد القانون الواجبة التطبيق فاذا أخطأ فى هذا كان قضائه مشوبا بمخالفة القانون la violtion de la loi والطريق الوحيد المفتوح أمام الخصوم هو طريق الطعن بالنقض.

(٣) وهذه القاعدة الأخيرة تذكرنا بقاعدة مقررة فى فقه المرافعات المدنية والتجارية وتسرى أيضا فى القانون الادارى — لعدم تعارضها مع طبيعة المرافعات الادارية — وهى التى تقضى بأن المحكمة اذا قضت من تلقاء نفسها بأمر يتعلق بالنظام العام أو بأمر يدخل فى حدود سلطتها فان قضاءها لا يعتبر قضاء بما لم يطلبه الخصوم[1].

§ ٦ — التناقض فى منطوق الحكم :

٦/٤١٧ « اذا كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض ».

٣١— ان النص واضح فى اشتراط أن يكون التناقض فى المنطوق كأن يكون الجزء الأول منه مناقضا للجزء الآخر فيصبح الحكم مستحيل التنفيذ، أما التناقض بين أسباب الحكم فلا يجيز الطعن بالالتماس الا اذا كان ذلك التناقض بين الأسباب شديداً الى درجة تجعل الحكم وكأنه بغير أسباب فهذا انما يجيز الطعن بالنقض لا الالتماس[2].

وقد جرى قضاء محكمة القضاء الادارى على هذا فقررت بحكمها فى القضية رقم ١٩٨ لسنة ٤ قضائية (مجموعة أحكام مجلس الدولة، السنة الخامسة ص ٩٨٥) « بأن التناقض الذى يجيز التماس اعادة النظر فى الحكم هو الذى يقع فى منطوقه دون أسبابه دون أن تنص على ذلك صراحة الفقرة السادسة من المادة ٤١٧ من قانون المرافعات » كما قضت فى القضية رقم ١١٣١

(١) الدكتور الشرقاوى : المرجع السابق ص ٤٨٧

(٢) الدكتور الشرقاوى : المرجع السابق ص ٤٨٧

لسنة ٥ قضائية (مجموعة أحكام السنة السابعة ص ٦٠٨) بأن « التناقض الذى يجيز الالتماس هو الذى يقع فى منطوق الحكم دون أسبابه ، وهذا واضح من صريح نص المادة ٤١٧ من قانون المرافعات اذ أوجبت أن يكون منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض حتى لا يكون تنفيذ الحكم متعذرا ، فلا يقبل كسبب للالتماس التناقض فى أسباب الحكم » (نفس المبادىء فى القضية رقم ١٥٩١ لسنة ٦ قضائية . مجموعة الأحكام السنة السابعة ص.١٨١٨) .

§ ٧ — صدور الحكم على شخص غير ممثل فى الدعوى تمثيلا صحيحا

٧/٤١٧ « اذا صدر الحكم على شخص ناقص الأهلية أو على جهة الوقف أو على أحد أشخاص القانون العام أو أحد الأشخاص المعنوية لم يكن ممثلا تمثيلا صحيحا فى الدعوى » .

٣٢— وقد فسرت دائرة وقف التنفيذ برئاسة الأستاذ الدكتور السنهورى هذه الفقرة الأخيرة من المادة ٤١٧ فى حكمها الصادر فى القضية رقم ٣٣٤ لسنة ٥ قضائية (مجموعة الأحكام ، السنة الخامسة ، ص١١٤٧) اذ قالت أن « المعنى المفهوم من نص المادة ٤١٧ من قانون المرافعات يتحصل فى أن يكون الخصم فى الدعوى هو أحد هؤلاء المذكورين فى الوجه السابع ويعلن فى شخص غير ممثله قانونا كأن يعلن ناقص الأهلية فى شخص غير الولى أو الوصى أو القيم أو تعلن جهة الوقف فى شخص غير ناظره أو يعلن شخص من أشخاص القانون العام أو أحد الأشخاص المعنوية فى شخص غير مديره أو ذى الصفة القانونية فى تمثيله . وليس معنى النص أن يكون الممثل القانونى الذى يمثل الشخص المختصم تمثيلا صحيحا هو بالذات الذى أدخل خصما فى الدعوى ولكن أغفل اعلانه فى مرحلة من مراحل التقاضى . والفرق واضح بين انعدام التمثيل واغفال الاعلان ، وانعدام التمثيل هو وحده المعنى المقصود من الوجه السابع من وجوه التماس اعادة النظر المبينة على سبيل الحصر فى المادة » .

§ ٨ — نظرة سريعة على هذه الحالات مستمدة من أحكام القضاء الادارى :

٣٣ـ الحالات واردة على سبيل الحصر : ان حالات الالتماس السبع الواردة فى المادة ٤١٧ انما وردت على سبيل الحصر فلا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها . بهذا جرى قضاء محكمة القضاء الادارى فى أحكام عديدة . فمثلا قضت فى حكمها فى القضية ١٠ لسنة ٥ قضائية (مجموعة الأحكام ، السنة السادسة ص ١٦٩) بأنه « من حيث أن الأوجه الخمسة التى يستند اليها الملتمسون فى تأييد التماسهم وطلب قبوله لا تنطبق على أى وجه من أوجه الالتماس التى حددها القانون على سبيل الحصر فى م ٤١٧ من قانون المرافعات وهى فى مجموعها مناقشة موضوعية لوقائع الدعوى وأدلتها لا تصلح أساسا لقبول الالتماس ومن ثم يتعين الحكم بعدم قبولها » .

وقضت فى حكمها فى القضية ٦٣٥ لسنة ٦ قضائية (المجموعة ، السنة السابعة ص ٩٥٢) بأن التماس اعادة النظر ما هو الا طريق استثنائى للطعن ولذلك وردت أسبابه على سبيل الحصر فلا يجوز التوسع فيها(١).

٣٤ـ ليس وجها للالتماس : كما قضت المحكمة بأن خطأ الحكم المطعون فيه فى الاستنتاج أو فى فهم الواقع لا يعتبر سببا من أسباب الالتماس « ومن حيث أنه عن السببين الثانى والثالث كما أوردهما الملتمس ، فانهما لا يستندان كذلك على أساس من القانون اذ لا يوجد أى تناقض مما يزعمه المدعى ، ولا تثريب على المحكمة اذ هى استندت الى تقارير المدعى السيئة آخذة منها بالنتائج التى انتهت اليها ، كذلك ماينعاه المدعى من خطأ فى الاستنتاج أو فهم الواقع لاقيام له ، فضلا عن أن هذا النظر لا يعتبر وجها من أوجه الالتماس »(٢). كما قضت بأنه لا يعد وجها للالتماس الاختلاف فى تفسير نص قانونى أو الخطأ فيه(٣).

---

(١) نفس المبادىء فى الحكم الصادر فى القضية رقم ٣٣٤ لسنة ٥ قضائية . المجموعة السنة الخامسة ص ١١٤٧

(٢) قضية رقم ٥٥٣ لسنة ٣ قضائية . مجموعة أحكام مجلس الدولة السنة الخامسة ص ٦٠٨ ، نفس المبادىء : المجموعة . السنة السادسة ص ١٦٩ ؛ السنة السابعة ص ٨٠٥

(٣) قضية رقم ٣٦٤ لسنة ٦ قضائية . المجموعة السنة السابعة ص ٣٤٤

الفصل الثانى

مواعيد واجراءات الطعن بالالتماس

المبحث الأول : فى فرنسا

٣٥- الواقع أن القانون المنظم لمجلس الدولة الصادر فى سنة ١٩٤٥ قد حسم الكثير من المنازعات التى ثارت قبل صدوره بشأن اجراءات هذا الطعن بالالتماس . وتتلخص تلك المناقشات فى معرفة ما اذا كان هذا الطعن يخضع للقواعد العامة فى الطعون le droit commun des recours أم انه يشذ عنها بقواعده الخاصة ، أو بعبارة أخرى هل يتمتع هذا الطعن بنفس ميزات الطلب الأصلى من حيث عدم وجوب تقديمه بواسطة محام sans ministère d'avocat ، وهل يقدم الى نفس الهيئة الأولى أم أنه يمكن أن يقدم الى هيئة أكبر ... الى القسم القضائى مثلا بدلا من دائرة واحدة ؟

٣٦- قبل أن نعرض لهذه المناقشات نسائل أنفسنا أى طرق الطعن أشبه بهذا الطعن بالالتماس ؟ هل يمكن أن نشبهه مثلا بالطعن بالنقض فى الحالات التى تقضى فيها المحكمة بالنقض ، نقض الحكم المطعون فيه ، ثم الحكم بنفسها فى القضية ؟ الواقع أن ذلك غير ممكن لأنه فى حالة النقض ينقص عنصر دقيق يوجد فى الالتماس ألا وهو الجدة أى العناصر الجديدة التى حملها الملتمس الى منصة القضاء وهى مثلا الورقة القاطعة المحجوزة ، أو الورقة القاطعة المزورة . ولكننا اذا أصررنا على التقريب بين هذا الطعن والطعون الأخرى لوجدنا أن أقرب الطعون اليه هو المعارضة . وذلك لأنه فى حالة المعارضة لو سلمنا بوجود نفس الخصوم ونفس السبب ونفس الموضوع الا أن هنالك عنصرا جديدا يدخل فى الدعوى وهو حضور المحكوم عليه وما قد يحمله معه من أدلة جديدة فى الاقتنـاع قد تغير رأى المحـكمة من النقيض الى النقيض[1] .

---

(١) أنظر بحث فيليب أندريه فنسان السابق الذكر ، مجلة القانون العام ١٩٣٨ ، ص ٤٥٢ وما بعدها .

٣٧- هذا التشبيه الذى كان موجودا فى الفقه قبل القانون الأخير المنظم لمجلس الدولة ، لم يغب عن ذهن المشرع الفرنسى وهو يضع ذلك القانون . فنص فى المادة ٧٦ ١ على أن الطعن بالالتماس يجب أن يقدم فى نفس الميعاد وبنفس الطريقة التى تقبل بها المعارضة فى الحكم الغيابى .

واذا استشرنا المواد ٧٢ ، ٧٣ ، ٧٤ من القانون السالف الذكر لوجدنا أن المعارضة ليس لها كقاعدة عامة أثر موقف ويجب أن تقدم فى خلال شهرين من تاريخ اعلان الحكم الغيابى (م ٧٢) وأنها - أى المعارضة - لا تقبل من الخصم المحكوم عليه اذا كان الحكم قد صدر حضوريا ضد شخص آخر له نفس المصلحة فى الدعوى (م ٧٤) ، وأنها تضع الخصوم فى نفس الحالة التى كانوا عليها قبل صدور الحكم الغيابى (م ٧٣) .

٣٨- ونعود الى مناقشات الفقه قبل القانون الأخير المنظم لمجلس الدولة : ثارت المناقشة حول خضوع الطعن أو عدم خضوعه لوساطة محام . وكان رأى مجلس الدولة الفرنسى هو وجوب معاملة الطعن بالالتماس بنفس الشروط التى يعامل بها الطعن الأصلى فاذا كان هذا الأخير يمكن تقديمه بغير محام جاز تقديم الطعن بالالتماس بنفس الشروط واستند مجلس الدولة فى تأسيس رأيه هذا على وضع الطعن بالالتماس فى مرسوم سنة ١٨٠٦ بين المعارضة ومعارضة الشخص الثالث ، كما استند على المادة ٣٤ من المرسوم نفسه التى تقول ان الطعن يجب أن يحاط به علما اما المطعون ضده واما محاميه الذى ترافع فى موضوع القضية ، وذلك بغير حاجة الى تفويض جديد . ولكن الفقه وعلى رأسه Laferrière و Bequet عارضا ويحق هذا الاتجاه بحجة أن ذلك سوف يلغى العقوبات الصارمة التى وضعها المشرع كضمان لعدم رفع هذا الطعن بخفة ورعونة وهى ايقاف المحامى وفصله فمن غير المعقول أن يكون قصد المشرع . قد اتجه الى اعتبار هذا الطعن كالطعون الأخرى يعنى فى بعض الأحوال من وساطة المحامى بينما هو قد وضع وساطة المحامى فيها كضمان للنظام القانونى كله وعدم الاسراف فى زعزعة قوة الشىء المقضى به[1] . وقد كانت هذه الحجج من القوة بحيث جعلت المجلس

(١) بحث فيليب أندريه فنسان السابق ص ٥٤ .

يعدل عن رأيه الأول ويتجه الى عكسه مستندا على أنه ليس هنالك أى نص من قانون أو لائحة يعنى مثل تلك الطلبات (طلبات الالتماس باعادة النظر) من وساطة المحامى[1] . وقد كرر هذه الحجة ومعها نفس الرأى فى جميع الأحكام اللاحقة المتعلقة بهذا الموضوع وكأنه بذلك يعتنق الرأى القائل بأن هذا الطعن لا تسرى عليه أصلا القواعد العامة فى الطعون le droit commun des recours وذلك لأنه من طبيعة مخالفة ، ولكى تسرى عليه لا بد من نص خاص من المشرع .

٣٩ــ ولقد تمشى مجلس الدولة الفرنسى مع منطقه هذا فقرر بحكمه Loque الصادر فى ٧ أبريل سنة ١٩٢٢ أنه اذا كانت الدعوى الأصلية من اختصاص أحد فروع القسم القضائى فان الطعن بالالتماس فى نفس القضية تختص بالنظر فيه هيئة أكبر هى Assemblée statuant au cntentieux وذلك لأن المشرع أراد أن يحيط هذا الطعن بضمانات خاصة نظرا لأنه يدخل فى فئة استثنائية من الطعون[2] . ولكن القيمة العملية لما جاء به هذا الحكم من مبدأ قد زالت الآن بعد التنظيم الجديد لمجلس الدولة (بالقانون المذكور سنة ١٩٤٥) الذى بسط الهيئات المختصة بالحكم تبسيطا كبيرا بالنسبة للقواعد السابقة فضلا عن أنه قد سوى بنص صريح بين هذا الطعن وبين المعارضة التى تضع الخصوم فى نفس الحالة السابقة على الحكم . ولذلك فاننا نعتقد أن العضو L 'organe أى الهيئة المختصة بنظر الطعن هى هيئة من نفس درجة الهيئة السابقة. ولا لزوم لهيئة أكبر منها أبدا ، أعنى اذا كانت section فلا لزوم لهيئة أكبر sous-sections rèunies

٤٠ــ وأما عن المناقشة التى ثارت بشأن وساطة المحامى فقد بت المشرع فيها بنص صريح هو المادة ٢/٧٦ التى تقول بوجوب تقديم الطعن بالالتماس بواسطة محام مقيد أمام المجلس حتى ولو كان القرار المطعون فيه قد صدر بناء على طلب لا يلزم تقديمه بواسطة محام . وقد جاء المشرع فى المادة ٧٧ بحكم ضرورى ليحد من اعادة النظر مرات ومرات فى نفس القضية فقرر

(١) أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ٢١ أبريل سنة ١٨٩٩ فى قضية Chervet .

(٢) فيليب أندريه فنسان ، المبحث السابق ص ٤٥٥ .

أنه اذا رفض الطعن بالالتماس ضد حكم حضورى فلا يجوز تقديم طعن آخر ضد نفس الحكم . وبغير هذا النص يجوز لمن قدم طعنا بناء على ظهور ورقة مزورة قاطعة فى الدعوى أن يقدم طعنا بناء على ظهور ورقة محجوزة بفعل الخصم . ولكن هذا النص جاء مانعا لمثل هذه المكنة .

٤١– أما عن ميعاد الطعن ، فنرى أن النصوص الخاصة به لاتخلو من الانتقاد ، فانه باعمال النصين ٧٢ ، ٧٦ معا يكون ميعاد الالتماس شهرين من تاريخ اعلان الحكم . واذا جاز أن يكون اعلان الحكم نقطة البدء فى سريان ميعاد المعارضة فلا يجب أن يكون موعد السريان ميعاد الالتماس فى جميع أحواله : فهو قد يبنى على واقعتين قد لايظهران الا متأخرتين . وكان العدل يقضى بأن يكون هذا الميعاد من تاريخ ظهور الورقة القاطعة أو ثبوت تزويرها . واننا لنعتقد أنه على الرغم من صريح نص المادة ٧٦ التى تقول "dans le même délai, et admis de la même manière que l'opposition فان مدة الشهرين يجب أن تحتسب من تاريخ ظهور الورقة القاطعة فى الدعوى ، أما تاريخ اعلان الحكم فهو لايصلح نقطة للبدء الا فى حالة بناء الطعن بالالتماس على وقوع مخالفة للقواعد الأساسية فى اجراءات التحضير والحكم .

المبحث الثانى

مواعيد واجراءات الطعن فى القانون المصرى

٤٢– الأحكام التى يجوز الطعن فيها بالالتماس : يجوز الطعن بالالتماس فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى أو من المحاكم الادارية (م ١٦ / ١ من قانون مجلس الدولة) ، أما الأحكام الصادرة من المحكمة الادارية العليا فلا يقبل الطعن فى أحكامها بطريق التماس اعادة النظر . (م ١٥ فقرة أخيرة من قانون مجلس الدولة) .

ويجوز أن يكون الطعن صادرا من الخصم صاحب المصلحة أو من هيئة مفوضى مجلس الدولة .

٤٣– ميعاد الطعن : فى هذا أحال قانون مجلس الدولة فى المادة ١٦ على قانون المرافعات المدنية والتجارية الذى حدد بالمادة ٤١٨ ميعاد الالتماس

بثلاثين يوما تبدأ فى الحالات الأربع الأولى من المادة ٤١٧ من اليوم الذى ظهرت فيه الواقعة التى أدت الى أن تخطىء المحكمة التى أصدرت الحكم فى التقدير .

١ — فهو يبدأ من اليوم الذى ظهر فيه الغش .
٢ — أو أقر فيه فاعل التزوير بتزويره أو اليوم الذى قضى فيه بذلك .
٣ — أو اليوم الذى قضى فيه بأن شهادة الشاهد مزورة .
٤ — أو الذى حصل فيه الملتمس على الأوراق القاطعة فى الدعوى .

أما بالنسبة للحالة الخامسة والسادسة فيبدأ الميعاد من يوم اعلان الحكم الى المحكوم عليه وذلك تطبيقاً للمبادىء العامة فى طرق الطعن فى الأحكام ، أما بالنسبة للحالة السابعة والأخيرة فان الميعاد لايبدأ الا من اليوم الذى يعلن فيه الحكم الى من يمثل المحكوم عليه تمثيلا صحيحا .

وقد طبقت محكمة القضاء الادارى هذه المبادىء فى أحكامها اذ قضت فى القضية رقم ٥٠ لسنة ٥ قضائية (مجموعة الأحكام ، السنة السادسة ، ص ٢٤٣) بأن « ميعاد الالتماس المبنى على الغش أو احتجاز الأوراق انما يبدأ وفقاً للمادة ٤١٨ مرافعات من اليوم الذى ظهر فيه الغش أو اليوم الذى ظهرت فيه الورقة المحجوزة ، فاذا ادعى الملتمس أنه رفع التماسه بمجرد حصوله على صورة هذه الأوراق ولم تقدم الحكومة دليلا على حصوله عليها قبل رفعه الالتماس بأكثر من ثلاثين يوما فيعتبر الالتماس مرفوعاً فى ميعاده » .

وقضت بنفس المبادىء بحكمها الصادر فى القضية رقم ٢٩٠ لسنة ٦ قضائية (المجموعة ١٠ ، السنة السابعة ، ص ٢٤٢) اذ قالت : « اذا لم تقدم الحكومة أى دليل ينفى ما ادعاه المدعى أو يثبت أن الغش المدعى بحصوله والذى بنى عليه التماسه اعادة النظر قد ظهر للمدعى قبل رفعه بأكثر من ثلاثين يوما فان الدفع بعدم قبول الدعوى شكلا يكون غير مستند الى أساس سليم ويتعين الحكم برفضه » .

٤٤ – ويرفع الالتماس الى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه بل ولا يلزم أن تكون هذه المحكمة مشكلة من قضاة غير الذين أصدروا الحكم المطعون فيه ، ويجب أن تشتمل صحيفة الدعوى على بيان الحكم الملتمس فيه وأسباب الالتماس والا كانت باطلة (م ٤١٩ مرافعات) .

وهنالك حكم من أحكام قانون المرافعات وارد بالمادة ٤٢٠ لا يطبق كاملا لوجود مايخالفه بقانون مجلس الدولة : فقد نصت م ٤٢٠ على أنه لا يترتب على رفع الالتماس وقف تنفيذ الحكم بينما نصت م ٢/١٦ « ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم الا اذا أمرت المحكمة بذلك » . أى أنه وان كان الأصل هو عدم وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالالتماس الا أنه يجوز للمحكمة – اذا رأت لذلك وجها – أن تحكم بايقاف تنفيذ الحكم لحين الفصل فى الالتماس .

٤٥ – واختلاف آخر فيما يتعلق بالغرامة التى يجوز الحكم بها على الطاعن فى حالة الحكم بعدم قبول الطعن أو برفضه . فقد حددت المادة ٤٢٣ مرافعات هذه الغرامة بأربعة جنيهات فلا يجوز الحكم بأقل منها أو بأكثر أما المادة ٣١٦ من قانون مجلس الدولة فقد حددتها « بغرامة لا تجاوز ثلاثين جنيها » فيجوز مثلا أن يحكم بخمسين قرشا أو بالثلاثين جنيها كلها وهذا توسيع لسلطة القضاء الادارى نراه جديرا بالموافقة لأننا من أنصار توسيع سلطات القضاء الادارى بعدم الضغط عليها بالنصوص الضيقة لأن طبيعة قضاء مجلس الدولة تستلزم ذلك إذ أنها طبيعة بريتورية تذكرنا ببريتور الرومان وقواعده القضائية المنشئة ، فالقضاء الادارى أساسا قضاء بريتورى ، فاذا كان مجلس الدولة المصرى حديث النشأة نسبيا فيجب ألا يضيق عليه فى السلطات ليستطيع أن يصل الى نفس المرحلة التى وصل اليها مجلس الدولة الفرنسى . وسنرى أن المشرع الفرنسى مازال حتى الآن يضع متعمدا النصوص المطاطة فى قانون مجلس الدولة حتى فيما استقر عليه القضاء الادارى ليتيح للمجلس فرصة تغيير آرائه اذا رأى محلا لذلك ، وسنرى أمثلة لذلك عند كلامنا عن الطعن بتصحيح الغلط المادى والطعن بمعارضة الشخص الثالث .

٤٦ــ وهنالك عدة أحكام وردت فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ونرى وجوب سريانها على المرافعات الادارية لعدم تعارضها معها ولعدم وجود نص فى قانون مجلس الدولة على خلاف ذلك .

(أولا) حكم المادة ٤٢١ اذ تقول ان المحكمة لا تعيد النظر الا فى الطلبات التى تناولها الالتماس .

(ثانيا) حكم المادة ٤٢٢ التى تنص على أن تفصل المحكمة أولا فى جواز قبول الالتماس ثم تحدد جلسة للمرافعة فى الموضوع دون حاجة الى اعلان جديد ، على أنه يجوز لها أن تحكم فى قبول الالتماس وفى الموضوع بحكم واحد اذا كان الخصوم قد قدموا أمامها طلباتهم فى الموضوع .

(ثالثا) حكم المادة ٤٢٣ فيما يتعلق بالحكم على الملتمس ــ الذى رفضت المحكمة التماسه ــ بالتضمينات ان كان لها وجه .

(رابعا) حكم المادة ٤٢٤ التى تقضى بأن الحكم الذى يصدر برفض الالتماس والحكم الذى يصدر فى موضوع الدعوى بعد قبوله لا يجوز الطعن فيهما بالمعارضة أو بالالتماس .

الباب الثانى

الطعن بتصحيح الغلط المادى

Le recours en rectification d'erreur matérielle.

٤٧ــ كنا قد أسلفنا فيما مضى أن الأحوال التى يجوز فيها الطعن بالالتماس فى قانون المرافعات الفرنسى هى احدى عشرة حالة بينما هى لاتتجاوز ثلاثة فى القانون الادارى ، وردت على سبيل الحصر فاذا ما بنى الطعن بالالتماس على حالة أخرى واردة فى قانون المرافعات رفض مجلس الدولة قبوله[1] . هذا الضيق الذى يعانيه هذا الطعن فى فرنسا دفع القضاء الادارى هناك

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى أول أبريل سنة ١٨٨١ فى قضية Challus.

الى التوسع فى تفسير النصوص وقد شهدنا أثر ذلك الاتجاه فيما يتعلق بحجز الأوراق القاطعة فى الدعوى، وسنرى نفس الاتجاه أكثر وضوحا وأشد أثرا فيما ندرسه الآن وهو الطعن بتصحيح الغلط المادى .

أما فى مصر فقد كان التشريع المصرى منطقيا مع نفسه ومتسقاً فى أحكامه فالطعن بالتماس اعادة النظر فى القانون الادارى له نفس النطاق الموجود فى قانون المرافعات فهو اذن فى القانون الادارى لايشكو ضيقاً ، فليس هنالك بناء على ذلك ثمة دافع يدعو الى التوسع فى نطاق الطعن بتصحيح لغلط المادى .

وسنرى ذلك بالتصفيل فيما يلى اذ ندرس هذا الطعن فى أربعة فصول :

(أولا) الأساس القانونى لهذا الطعن .

(ثانيا) فحوى الطعن وفكرة الغلط المادى .

(ثالثا) شروط الطعن Les condition d'ouverture

(رابعا) اجراءات الطعن . وسوف نقسم كل فصل الى مبحثين ، الأول للقانون الفرنسى والثانى للقانون المصرى .

الفصل الأول

الأساس القانونى للطعن

المبحث الأول

فى فرنسا

٤٨- كان هذا الطعن موجودا أمام المحاكم الادارية والعادية دون أن يكون مستندا الى نص . وقد رأى القضاءان العادى والادارى أن الأحكام قد يشوبها بعض الغموض أو الأخطاء المادية الواضحة ، كما رأى كلاهما أن الطعن بالالتماس محدد بحالات معدودة على سبيل الحصر قد لاتتسع دائما لأداء العدالة على الوجه الأكمل فلجأ كلاهما الى طريق الطعن بالتصحيح لازالة مثل تلك الأخطاء المادية . وقد كان ذلك مستندا على اعتبارات المنطق السليم والعدالة الواجبة التى تتمثل فى الرغبة فى ألا يتحمل المتقاضى وزر اخطاء هى من فعل القضاء . لم تفعل ذلك المحاكم الادارية وحدها نظرا

للضيق الشديد الذى تعانيه فى نطاق الطعن بالالتماس وانما فعلته المحاكم العادية أيضا . ومن هذا نرى أن هذا الطعن بحكم نشأته انما هو طريق طعن ثانوى subsidaire يلجأ اليه كلما أعوزت الحاجة الى طريق طعن آخر يؤدى الى نفس النتيجة .

ثم جاء القانون الصادر فى ٣١ يوليه سنة ١٩٤٥ بتنظيم مجلس الدولة ومن مميزاته أنه حول الكثير من المبادىء القضائية الى أحكام تشريعية ونص على هذا الطعن فى المادة ٧٨ الآتى ترجمتها :

" عندما يكون حكم مجلس الدولة مشوبا بغلط مادى يمكن أن يكون ذا أثر على الحكم فى الدعوى ، فان الخصم صاحب المصلحة يستطيع أن يرفع أمام مجلس الدولة طعنا بالتصحيح .

وهذا الطعن يجب أن يقدم فى نفس الاشكال التى كان يجب أن يقدم فيها الطلب الأصلى ويجب أن يقدم فى ميعاد شهرين يسرى ابتداء من يوم اعلان الحكم المطلوب تصحيحه " .

والواقع أنه على الرغم من وجود هذا النص فان المرجع الأول فى فهم قواعد هذا الطعن انما هو أحكام القضاء الادارى السابقة عليه واللاحقة . ولن يخلو الموضوع من صعوبة نظراً لندرة تلك الأحكام وقلتها .

المبحث الثانى

فى مصر

٤٩ـــ أما فى مصر فقد خلا قانون مجلس الدولة المصرى رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ من النص على هذا الطعن ، ولكنه نص فى م ٧٤ على تطبيق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص ، أعنى أنه قد أحالنا فى هذا الصدد على قانون المرافعات المدنية والتجارية الذى اذا بحثنا فيه لوجدنا أن هذا الطعن قد نظمته المادتان ٣٦٤ ، ٣٦٥

أما المادة ٣٦٤ فتنص على أن تتولى المحكمة تصحيح مايقع فى منطوق حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية ، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة .

أما المادة ٣٦٥ فتقضى بجواز الطعن فى القرار الصادر بالتصحيح اذا تجاوزت المحكمة فيه حقها المنصوص عليه فى المادة السابقة وذلك بطرق الطعن الجائزة فى الحكم موضوع التصحيح . أما القرار الذى يصدر برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه على استقلال .

ونحن نعتقد أن هذا الطعن موجود لدينا فى القانون الادارى المصرى بغير حاجة الى النص الصريح عليه فى قانون مجلس الدولة ، بل وحتى اذا لم توجد المادة ٧٤ من قانون مجلس الدولة التى أحالت على قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص ، لأن هذه المادة ما هى الا تحصيل حاصل ، فقانون المرافعات المدنية والتجارية يعتبر الشريعة العامة le droit commun بالنسبة لمواد المرافعات الادارية تسرى أحكامه فى كل حالة لايوجد فيها نص يقضى بغير ذلك متى كان الحكم المراد تطبيقه لا يتعارض مع طبيعة المرافعات أمام المحاكم الادارية .

وعلى ذلك فاننا نرى أن الطعن بتصحيح الغلط المادى منظم فى القانون الادارى المصرى بالمادتين ٣٦٤ ، ٣٦٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

الفصل الثانى

فحوى الطعن وفكرة الغلط المادى

La portée du recours et la conception de l'erreur matérie.

المبحث الأول

فى فرنسا

٥٠ـ يجب أن يكون الخطأ ـ المراد تصحيحه بهذا الطعن ـ ماديا بحتا أعنى ألا يكون خطأ فى التقدير ، أى خطأ يأتيه القاضى بترجيحه كفة أحد الخصوم على الخصم الآخر لأن مثل هذا الخطأ لا يعتبر بحال ماديا . ولكن كيف يتصور الفكر القانونى هذا الخطأ المادى ؟

(أولا) قد يكون خطأ من أخطاء القلم erreur de plume كأن يكتب اسم المدعى مكان المدعى عليه والمدعى عليه مكان المدعى ، وأن يكون الحكم قد صدر من الدائرة الأولى فيذكر فيه أنه قد صدر من الدائرة الثانية

كما كان الأمر فى قضية Madam Veuve Le Bar [1] حيث صدر الحكم من الدائرة الأولى لمحكمة المعاشات الأقليمية La première chambre de la Cour regionale des pension فذكر فيه أنه صادر من الدائرة الثانية .

(ثانيا) قد يكون الخطأ المادى ، أجسم من الأول بأن يكون خطأ فى التعبير عن ارادة القاضى erreur d'expression فمثلا : أوضح القاضى فى حكمه بالتعويض المبادىء التى يقوم عليها ذلك التعويض والأساس الذى يحسب عليه مقداره ولكنه أخطأ فى عملية الحساب نفسها[2] erreur de calcul هذا الخطأ مادى بحت ويكشف عن وجود غلط فى التعبير عن ارادة القاضى الحقيقية فيجب اذن عن طريق الطعن بالتصحيح أن نجعل الارادة المعلنة مطابقة للارادة الحقيقية عن طريق تصحيح هذا الخطأ فى الحساب .

ونحن نفضل أن نطلق على هذين النوعين كليهما « غلطا فى التعبير » errour d'expression وهذا لايثير صعوبة جدية لأنه لايختلط بالطعن ا لمجاور وهو الطعن بالالتماس فضلا عن أنه لايحمل أى اعتداء على مبدأ قوة الشىء المقضى به .

٥١ــ ولكن قد يكون الغلط أجسم من هذا بأن يمس موضوع الحكم أى أصل الحكم ، مثال ذلك ما حدث فى قضية Mme Veuve Benoît [3] رفعت هذه الأرملة قضية أمام مجلس الدولة الفرنسى ، الذى قرر رفضها لأنه وجد أن الدعوى ـــ بما يستنتج من حافظة الأوراق ـــ غير كافية التسبيب ، مع أن هذه الأرملة كانت قد أرسلت الى قلم كتاب المجلس بعد

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٠ يوليه سنة ١٩٣٥ ، وانظر أيضا حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١ أغسطس سنة ١٩٢٤ فى قضية Vue Demontoux مجموعة الأحكام ص ٧٧ ، حكم فى قضية Vayion فى ١١ مايو سنة ١٩٢٨ لتعديل اسم المدعى ؛ وحكم ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٩ فى قضية Commune de Yallaram تصحيح اسم المحكمة الادارية المطعون فى حكمها .

(٢) أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ فى قضية وزارة الأشغال ضد Mohin مجموعة الأحكام ص ٥٨ .

(٣) مجلس الدولة الفرنسى فى قضية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ ؛ سيرى ١٩٣١ ـــ ٣ ـــ ٣٨ . تعليق الأستاذ P. L.

رفعها الدعوى مذكرة مسببة un memoire motivé ولكن هذه المذكرة لم تصل أبدا الى مفوض الدولة بل ولم توجد بقلم الكتاب ، طعنت السيدة فى الحكم الصادر برفض دعواها ، قبل مجلس الدولة الفرنسى الطعن بتصحيح الغلط المادى وغير الأسباب والمنطوق أى أنه قد وافق على وجود غلط مادى وذلك لوجود خطأ القاضى أو فعل القاضى fait de la justice أى أنه قد اعتبر أن قلم كتاب المجلس يكون مع المجلس وحدة واحدة . وقبل أن يصدر المجلس حكمه تحقق من أن السيدة قد وجهت فعلا الى قلم كتابه تلك المذكرة المسببة التى لو وجدت فى الملف الأصلى لما رفض المجلس دعواها ، وتحقق أيضا أن هذه المذكرة المسببة قد فقدت من قلم الكتاب ، وبعد ذلك غير أسباب الحكم المطعون فيه ومنطوقه : فبعد أن كان منطوق الحكم يقضى برفض دعواها اذا بتصحيح الغلط المادى يجعله يقضى لها ويحيل الدعوى أمام محكمة أخرى اقليمية للمعاشات une autre cour régionale des pensions والواقع أننا نجد هنا جميع عناصر الطعن بالإلتماس فالأمر لم يكن مجرد مسألة تصحيح غلط مادى وانما هو اعادة نظر حقيقية فى الدعوى تماما كما فى الالتماس باعادة النظر .

وتسمى هذه الحالة "الغلط فى أصل الحكم" "L'erreur du fond" والواقع أن هذه الحالة تثير مشاكل أكثر من سابقتها نظرا لوجوب تحديدها تحديدا دقيقاً حتى لايخلط بينها وبين الطعن بالالتماس باعادة النظر : ففيها تعديل كامل للحكم ، لكل الحكم أسبابه ومنطوقه . ولهذا سنعنى فى بيان شروط الطعن بالتميز بين الطعنين فنقول ان عدم وصول القاضى الى الحقيقة انما يكون المرد فيه فى حالة الالتماس الى فعل الخصوم ، كلهم أو أحدهم أما فى الطعن بتصحيح الغلط المادى فهنالك لا فعل الخصوم وانما فعل القضاء "fait de la justice" أو فعل المرفق العام للعدالة الأدارية le service public de la justice administrative.

٥٢– وقد اعترف مفوض الدولة نفسه فى قضية Veuve Benoît بأن تطور فكرة الغلط المادى من « الغلط فى التعبير » الى « الغلط فى أصل الحكم » هو فى ذاته تطور خطير ولكنه للأسف لازم لحسن سير العدالة .

"Nous reconnaissons que c'est quelque chose de plus que ce qui a été fait jusqu'ici, mais c'est le seul moyen de donner une bonne justice, et cela nous paraît tout à fait dans la ligne de la jurisprudence" (١)

" اننا نعترف بأن هناك شيئا أكثر مما يجب تم حتى الآن ، ولكنه الوسيلة الوحيدة لنقدم عدالة صحيحة ، الأمر الذى يبدو لنا مطابقا كل المطابقة لاتجاه القضاء ... ".

٥٣ـ ولكن كيف يوصف الغلط بأنه مادى ؟ يشترط لذلك ـ فى اعتقادنا ـ أن يتوافر فيه شرطان :

١ ـ الجسامة .
٢ ـ فرط الوضوح .

(أولا) يجب أن يكون الغلط جسيما حتى يعتبر ماديا . والواقع أن وصفه بالمادى انما هو على سبيل المجاز(٢) اذ أنه فى الحقيقة ليس له أى كيان مادى : فهو يوجد فى فكر القاضى وهو يقضى فى الدعوى ، واذا سمى ماديا فما ذلك الا لأنه واضح جسيم lourde et flagrante

(ثانيا) يجب أن يكون مفرطا فى الوضوح c'est l'évidence même لأنه لو كان غير واضح لاحتاج الى تنقيب وبحث ، وهذا التنقيب والبحث لايكون الا باعادة النظر من جديد révision أو كما يقول مفوض الدولة فى مذكرته التى قدمها فى قضية Josse Vue Benoît(٣) :

"On ne peut admettre que soit remise en cause, en fait or en droit, la première décision ...., l'erreur doit être flagrante, ne pas supporter la discussion."

أى أننا لايمكننا أن نقبل أن يعاد مناقشة القرار الأول من حيث الوقائع أو من حيث القانون ... وانما يجب أن يكون الغلط حالا واضحا ، ولا يحتمل المناقشة .

---

(١) سيرى ١٩٣١ - ٣ - ٣٧ .

(٢) بحث فيليب أندريه فنسان ، السابق ، ص ٤٤٦ .

(٣) سيرى ١٩٣١ - ٣ - ٣٧ .

٥٤ـ فى قضية Vue Benoît كان الخطأ جسيما واضحا : اذ أن المذكرة المسببة اللازمة للفصل فى الدعوى كانت قد أرسلت فعلا الى قلم كتاب مجلس الدولة ولكنها فقدت منه فلم تصل الى يد مفوض الدولة فالخطأ واضح لا يحتاج الى بيان : ورقة قاطعة فى الدعوى حجزت (ضاعت) بفعل القضاء . وكذلك الأمر فى قضية Caby [1] السابق الكلام عنها فى الطعن بالالتماس[2] (والتى تتلخص فى أن أحد الطاعنين فى نتيجة الانتخابات البلدية قد سجل احتجاجه فى سكرتارية المديرية فى الموعد المحدد قانونا ولكن تقرير المدير سجل خطأ أن تسجيل الاحتجاج حدث بعد الموعد المحدد . فرفض المجلس الطعن فى الانتخابات بحجة حصول الاحتجاج بعد الميعاد . طعن المسيو Caby فى هذا الحكم بالطعن بالتماس اعادة النظر . رفضه المجلس ولكنه نظر فى الطعن على اعتبار أنه طعن بتصحيح الغلط المادى) فهنا تقرير المدير غير صحيح أى أنه ورقة مزورة قاطعة فى الدعوى وكان تزويرها بفعل « المرفق العام للعدالة الادارية » (اذ اعتبر المجلس أن المدير وهو يكتب تقريره عن حدوث الاحتجاج ضد الانتخابات فى الموعد المحدد انما يقوم بعمل أعوان auxiliaire القضاء الادارى فيكون مع المجلس وحدة واحدة يمكن تسميتها بالمرفق العام للعدالة الادارية) فهنا نجد أن الخطأ المادى تتوافر فيه الصفتان : الجسامة والوضوح الشديد .

٥٥ـ على العكس من هاتين القضيتين كانت قضية Fenet [3] فان المدعى قد استند فى الطعن بالتصحيح على واقعة مادية هى أن ملاحظات الوزير لم توجد فى الدوسيه . ولكنه لم يكن واضحا ما اذا كانت هذه الورقة الناقصة قاطعة فى الدعوى أم لا . ولكى نصل الى ذلك لابد من بحث وتحقيق وهذا لا يتسع له الا الالتماس باعادة النظر لا الطعن بتصحيح الغلط المادى .

٥٦ـ ونستنتج من جميع هذه القضايا التى استعرضناها أن الخطأ المادى لابد أن يكون مؤسسا على « كيان مادى » أى يفترض وجود أى اشارة مادية signe matériel فى قضية Vue Benoît كان هذا الكيان المـــادى

---

(١) مجلس الدولة فى ٧ أبريل سنة ١٩٣٣ . سيرى سنة ١٩٣٤ – ٣ – ١١٣ .

(٢) نبذة رقم ١٠

(٣) مجلس الدولة فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٣٥ .

هو غياب المذكرة المسببة أى حجز ورقة قاطعة فى الدعوى وفى قضية Caby كان يتمثل فى وجود ورقة مزورة قاطعة فى الدعوى هى تقرير المدير بأن الاحتجاج قد سجل بعد الميعاد .

ولهذا فقد تساءل الفقه هل يمكن أن يكون هذا الكيان المادى الذى يقوم عليه الطعن شيئا غير الاحوال الثلاث الجائز الالتماس فيها ؟ أى هل يمكن أن يكون مثلا هو التناقض فى المنطوق أو الحكم بأكثر مما طلبه الخصوم أو بشىء لم يطلبوه اطلاقا أو نسيان الحكم فى طلب من الطلبات رفضا وقبولا ؟ (١).

يذهب الأستاذ فيليب أندريه فنسان فى بحثه السابق (ص ٤٥١) الى الاجابة بالايجاب ، ونحن نؤيده فى هذا الرأى اذ أنه ليس ثمة مايدعو الى قصر هذا « الكيان المادى » فقط على حالات الالتماس المحدودة ، ليس ما يدعو الى ذلك من نص لائحى أو قانونى ، أو من طبيعة الطعن بتصحيح الغلط المادى . يكفى أن يكون « الغلط المادى » جسيما ومفرطا فى الوضوح لنقبل الطعن بصرف النظر عن « الكيان المادى » الذى يقوم عليه الطعن .

٥٧ـ وخلاصة القول أن فحوى الطعن قد يكون أحد أمرين :

١ ـ إما غلط فى التعبير .

٢ ـ وإما غلط فى أصل الحكم .

ونبادر الى القول أن هذا الطعن لو قصد به تصحيح الغلط فى أصل الحكم فانه يعتبر طعنا احتياطيا subsidaire لا يمكن الالتجاء اليه الا اذا عجزت طرق الطعن الأخرى عن الوصول الى نفس الغاية . أما الطعن لتصحيح الغلط فى التعبير فيمكن استعماله فى كل حالة يحتاج الخصم فيها اليه حتى ولو كان هنالك طرق أخرى للطعن تنيله نفس النتيجة التى يهدف اليها .

---

(١) فيليب أندريه فنسان ، المبحث السابق ص ٤٥٠ .

٥٨– وجدير بالذكر أن نسجل أن فحوى الطعن بالتصحيح طبقا للقضاء العادى يختلف ظاهريا عن القضاء الادارى فاذا استقرأنا قضاء محاكم الاستئناف لوجدنا أن الطعن لا يشمل الا تصحيح الغلط فى التعبير دون الغلط فى أصل الحكم . وهذا الخلاف ما هو الا ظاهرى لأن أحكام محاكم الاستئناف قابلة للطعن بالنقض وهذا الطريق يؤدى الى نفس النتيجة التى يؤدى اليها الطعن بالتصحيح فنكون أمام نفس القاعدة السابق شرحها والتى تنتج من أن الطعن بالتصحيح انما هو طعن ذو صفة ثانوية .

المبحث الثانى

فحوى الطعن فى القانون المصرى

٥٩– أما فى مصر فان فحوى الطعن لا يمكن أن يكون الا غلطاً فى التعبير erreur d'expression ، فان القانون – قانون المرافعات – صريح فى ذلك فالمادة ٣٦٤ فى قولها « تتولى المحكمة تصحيح ما يقع فى منطوق حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية ...» صريحة الدلالة على أن المقصود بفحوى الطعن بتصحيح الغلط المادى انما هو الخطأ فى التعبير الكتابى أو الحسابى دون الغلط فى أصل الحكم . بل وان المشرع ذهب الى أبعد من ذلك فى بيان قصده هذا : فقد أردف المادة ٣٦٤ بمادة أخرى هى المادة ٣٦٥ حيث نص فيها على جواز الطعن فى القرار الصادر بالتصحيح اذا تجاوزت المحكمة فيه سلطتها التى وضعت حدودها المادة السابقة .

٦٠– ويلاحظ أنه – بالتطبيق للقواعد السابقة – لا يعتبر الطعن بتصحيح الغلط المادى فى القانون المصرى طعنا ثانويا ، احتياطيا ، لا يلجأ اليه الا اذا عجزت طرق الطعن الأخرى عن الوصول الى نفس نتيجته ، وذلك لكونه قاصرا فقط على تصحيح الخطأ فى التعبير دون النوع الآخر من الأخطاء ، وبذلك يجوز الالتجاء اليه فى كل حالة توجد فى الحكم أخطاء مادية فى التعبير كتابية أو حسابية حتى ولو كانت هنالك طرق أخرى للطعن تمكننا من نيل نفس المطلب .

والقانون الادارى المصرى ، اذا نظرنا اليه فيما يأخذ به من أحكام بصدد الطعن بالالتماس والطعن بتصحيح الغلط المادى – وهى نفسها الأحكام المدنية – لوجدناه متناسقا : فالضيق الذى يوصف به نطاق الطعن بتصحيح الغلط المادى تعوضه السعة فى نطاق الطعن بالالتماس .

٦١– وقد سنحت الفرصة للمحكمة الادارية العليا بمجلس الدولة المصرى فى أن تحدد فحوى هذا الطعن ونطاق فكرة الخطأ المادى بحكمها الصادر فى الطعن رقم ٦٦ لسنة قضائية بجلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٥ ضد حكم من أحكام اللجان القضائية . وبطبيعة الحال يعتبر هذا الحكم ذات المبادىء arrêt de principes وقد طبقت المحكمة فيه القواعد السابق استخلاصها فقالت :

« ومن حيث أنه وان كانت اللجنة أو المحكمة تستنفد ولايتها باصدار قرارها أو حكمها ، الا أنها تملك تصحيح ما وقع فى المنطوق أو الأسباب الجوهرية التى تعتبر متممة له من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب ذوى الشأن ، كما يجوز لهؤلاء أن يطلبوا اليها تفسير ما وقع فى المنطوق أو فى الأسباب الجوهرية التى تعتبر مكملة له ، من غموض أو ابهام ، ولا يعتبر القرار أو الحكم المصحح أو المفسر معدلا للقرار أو الحكم الذى يصححه أو يفسره ، بل متمما له ، فاذا جاوزت اللجنة أو المحكمة حدود ولايتها فى التصحيح أو التفسير الى التعديل أو التغيير كان قرارها أو حكمها مخالفاً للقانون .

« ومن حيث أن منطوق قرار اللجنة القضائية الصادر فى ٨ يونيه سنة ١٩٥٣ لم تقع فيه أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية ، كما لم يشبه أى غموض أو ابهام اذ جاء صريحا فى استحقاق المتظلم أجرة قدرها ٢٠٠ مليما يوميا تزيد بمقدار ٥٠٠ مليم شهريا كل ٣ سنوات وتسوية حالته على هذا الأساس مع ما يترتب على ذلك من آثار بالتطبيق لقواعد الانصاف ، وظاهر بما لم يحتمل لبسا أو غموضا أن اللجنة حددت المركز القانونى للمتظلم على أساس تطبيق قواعد الانصاف على حالته ، تلك التى تجعله مستحقاً للأجر اليومى المشار اليه وللعلاوة الشهرية السالفة الذكر كل ٣ سنوات ومهما يكن من أمر فى سلامة أو عدم سلامة الحكم القانونى الذى أنزلته

على حالة المتظلم ، فان قرارها قد أصبحت له قوة الأحكام الانتهائية اذا لم يطعن فيه فى الميعاد القانونى أمام محكمة القضاء الادارى وبهذه المثابة أصبح حائزا لقوة الشيء المحكوم فيه ، فلا يجوز تحت ستار دعوى تفسير أو تصحيح اخطاء مادية الادعاء بأن المتظلم كان يستحق العلاوة الشهرية كل سنتين بالتطبيق لقواعد كادر العمال التى كان يجب انزالها على حالته ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه اذ قضى بأحقيته فى ذلك ، قد أهدر من ناحية قوة الشيء المحكوم فيه التى اكتسبها القرار ، ومن ناحية أخرى جاوز حدود الولاية فى التصحيح أو التفسير الى التغيير أو التبديل فيه ، ووقع مخالفاً للقانون حقيقاً بالالغاء .. »

الفصل الثالث

شروط الطعن

Les conditioins d'ouverture

المبحث الأول

شروط الطعن فى فرنسا

٦٢— يجب أن يهدف الطعن الى تصحيح خطأ متعلق بالوقائع لا متعلق بالقانون ، ويجب أن يكون ذلك الخطأ قد وقع بفعل القاضى **fait de la justice** لا بفعل الخصوم ، ويجب ألا يكون هنالك طعن آخر يؤدى الى نفس النتيجة .

٦٣— (أولا) الغلط المادى يجب أن يكون متعلقاً بالوقائع لا بالقانون : أى ألا يكون أبدا خطأ فى تفسير القانون ، لأن ذلك قد خصص المشرع لاصلاحه وسائل أخرى . وقد عبر مجلس الدولة الفرنسى عن هذا الشرط فى حكم Sabatier الصادر فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٠[1] حيث قال : " من حيث أن طعن السيد Sabatier انما يهدف الى اعلان ابطال حكم مجلس الدولة المؤرخ ٢١ مايو سنة ١٩٣٠ بمقولة أن هذا الحكم قد قام

---

(١) سيرى ١٩٣١ – ٣ – ٣٤ .

بتطبيق غير سليم للمادة ٤٢ من مرسوم ٢ سبتمبر سنة ١٩١٩ ، وبذلك يكون هذا الطعن لا يهدف الى تصحيح غلط مادى احتواه ذلك القرار وانما الى اعادة النظر فى الدعوى .. " ثم انتهى الى رفض الطعن .

كما يجب ألا يكون مبنى الغلط المادى خطأ فى التقدير أى فى الموقف الذى يتخذه القاضى ويصل اليه بعد سماع كلا الطرفين . فاذا قدر القاضى — اذا سلمنا جدلا بصحة الوقائع المعروضة — أن الحق فى جانب طرف معين ثم أجرى بناء على ذلك حكم القانون وأخطأ فى تقديره هذا ، فان هذا الخطأ لايمكن أن يعتبر أبدا خطأ ماديا بصدد هذا الطعن .

ولكن اذا استند القاضى فى حكمه على وقائع — لم تكن محل نزاع أثناء نظر الدعوى — ولكن ثبت بعد ذلك أنها غير صحيحة ، كان حكمه مشوبا بغلط مادى يمكن للخصم صاحب الشأن أن يطالب بتصحيحه مستعملا هذا الطعن . فقد حدث فى قضية Caby [1] أن بنى مجلس الدولة الفرنسى حكمه على ورقة قاطعة غير صحيحة وثبت أنها لم تزور من الخصم الآخر عمدا فاعتبر مجلس الدولة الفرنسى أن الطعن المقدم من الخصم صاحب الشأن لتغيير الحكم ليس طعنا بالتماس اعادة النظر وانما بتصحيح الغلط المادى لأنه قد بنى على وقائع — لم ينازع الخصوم فى صحتها أثناء نظر الدعوى — وثبت عدم صحتها بعد ذلك .

وخلاصة القول فى هذا الشرط : أن الخطأ فى تفسير القانون ، أو الخطأ فى تقدير موقف كلا الطرفين لا يعتبر غلطا ماديا ، وانما الغلط المادى هو — فى نظر مجلس الدولة الفرنسى — بناء على الحكم على وقائع غير صحيحة — لم ينازع الخصوم فى صحتها فى أثناء الدعوى — ولكن ثبت عدم صحتها بعد الحكم . وسنرى أن هذا لايمكن التسليم به فى القانون المصرى نظرا لنصوص القانون الوضعى الحاضرة .

٦٤— (ثانيا) يجب أن يكون الأمر متعلقاً بفعل القاضى fait de la justice لا بفعل الخصوم . وبهذا الشرط سوف يتميز الطعن بتصحيح الغلط المادى عن الطعن بالالتماس . وسنضرب مثلا على ذلك مستمدا من قضيتين

(١) أنظر حكم المجلس الصادر فى هذه القضية الصادر فى ٧ أبريل سنة ١٩٣٣ بناء على مذكرة مفوض الدولة ، Parodi .

قضية Vue Benoît [1] وقضية Lanoé [2]. كلا الحكمان صدر فى ظروف متشابهة : نجد فى كل قضية دعوى رفضت لأن الطلبات كانت غير كافية التسبيب . فى القضية الأولى قدمت الطالبة المذكرة المسببة — المطلوبة والتى من أجل عدم تقديمها رفض الطلب — الى قلم كتاب مجلس الدولة فضاعت ولم يعثر عليها . وفى الثانية قدم المسيو Lanoé مذكرة مسببة — لها نفس الأهمية — الى قلم كتاب محكمة المعاشات ولكنها لم تصل الى مجلس الدولة بفعل خصمه الادارة l'administration فالتشابه فى الظروف قائم ، ومع ذلك فالطعن المقدم ضد الحكم الأول هو طعن بتصحيح الغلط المادى ، وضد الحكم الثانى طعن بالتماس اعادة النظر ، وذلك لوجود فرق دقيق سمح لنا باجراء هذا التمييز : فى القضية الأولى يوجد فعل القضاء fait de la juridiction administrative اذ أن قلم كتاب مجلس الدولة يكون مع المحكمة التى تقضى هيئة واحدة ، جسما واحدا ، وهيئة واحدة . وفى القضية الثانية يوجد فعل الخصم ، فعل الادارة تدليسيا كان أو غير تدليسى [3].

٦٥— اذن نكون أمام طعن بالتصحيح اذا تعلق الأمر بفعل القضاء ، فليس من الضرورى أن يكون هناك خطأ faute من القضاء ، بل وأكثر من هذا فانه يكفى كشرط لهذا الطعن أن يكون الفعل le fait منسوبا الى المرفق العام للقضاء الادارى le fait du service public de la justice administrative ومن هذا ما حدث فى قضية كابى Caby ، وتتلخص ظروفها مرة أخرى ، فى أن الطاعن قدم احتجاجا ضد عمليات انتخابية فى سكرتارية المديرية فى الموعد القانونى ، ولكن المدير فى تقريره قرر خطأ أن الاحتجاج لم يقدم الا بعد الموعد القانونى وذلك على خلاف الواقع . لم يتنبه لهذا مجلس

---

(١) مجلس الدولة الفرنسى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ ، سيرى ١٩٣١ — ٣ — ٣٨ وسبقت الاشارة اليه .

(٢) مجلس الدولة فى ١٦ يناير سنة ١٩٣١ ، وسبقت الاشارة اليه .

(٣) أنظر مذكرة مفوض الدولة Parodi التى قدمها فى قضية Caby (مجلس الدولة فى ٧ أبريل سنة ١٩٣٣) ومنشورة فى سيرى ١٩٣٤ — ٣ — ١١٣

ديوان المديرية le Conseil de préfecture (الآن بعد تعديل سنة ١٩٥٣ يسمى محكمة ادارية Tribunal administratif) ودخل فى مناقشــة الموضوع le fond وحكم فيه بالرفض ، استأنف الطاعن أمام مجلس الدولة فتنبه لهذا الى آن الاحتجاج قد سجل — بشهادة تقرير المدير — بعد الموعد القانونى ورفض الطعن . قدم الطاعن طعنا بالتماس اعادة النظر فى قرار المجلس فقرر المجلس أن تقرير المدير لايعتبر ورقة مزورة pièce fausse. ولكنه اعتبر الطعن طعنا بتصحيح الغلط المادى . وفى هذا يقول مفوض الدولة Parodi الذى كتب مذكرته فى القضية :

"l'erreur matérille n'a pas été commise directement par le juge; elle l'a été par le préfet mais au cours de l'instruction qu'il faisait du pourvoi. Votre procédure comportant une instruction administrative préalable, les erreurs matérielles faites au cours de cette instruction et reproduites ensuite dans la décision elle-même nous paraissent pouvoir, sans effort excessif, être assimilées aux erreurs résultant du fait du juge. Le fait du juge, auquel vous avez déjà assimilé le fait du greffe, doit s'entendre, par une nouvelle extension, du fait imputable à l'ensemble du service de la justice administrative"

أى ما معناه : ان الغلط المادي لم يرتكب مباشرة بواسطة القاضى ، ولكنه ارتكب بواسطة المدير فى أثناء التحقيق الذى أجراه بصدد الطعن . ان الاجراءات لتشمل تحقيقاً اداريا سابقاً ، والأخطاء المادية التى ترتكب فى أثناء ذلك التحقيق ثم يرددها الحكم بعد ذلك نستطيع بغير مجهود زائد أن نشبهها بالأخطاء الناتجة عن فعل القاضى . ان فعل القاضى — الذى سبق أن شبهتم به فعل قلم الكتاب — يجب أن يفهم — بعد اتساع جديد — بأنه الفعل المنسوب الى مجموع مرفق العدالة الادارية .

٦٦— أما اذا تعلق الأمر بخطأ صاحب الشأن faute de l'interessé فان الطعنين يقفلان فى وجهه . ومن ذلك قضية Dupouy[1] فقد كان فى ملف القضية ورقة مزورة وقد رفض المجلس الطعن بالتصحيح مسجلا

(١) مجلس الدولة الفرنسى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٤ .

فى أول حيثية من حكمه ان هذا الغلط المادى قد احتوته الملاحظات المقدمة من الوزير وان هذه الملاحظات قد اطلع عليها الطاعن الذى امتنع عن الاحتجاج على هذا الغلط .

٦٧– ثالثا : أما الشرط الثالث فهو يكاد يكون شرطا بقبول الطعن ألا وهو عدم وجود طعن آخر يؤدى الى نفس النتيجة . وبصدد هذا الشرط يجب أن نفرق بين الطعن بتصحيح الغلط فى التعبير والطعن بتصحيح الغلط فى أصل الحكم .

أما فى الحالة الأولى ، حالة تصحيح الغلط فى التعبير فلا يمكن اشتراط هذا الشرط اطلاقا ، أعنى أن الطعن بالتصحيح لا يمكن اعتباره بحال طعناً ثانويا أو مساعدا subsidaire لايلجأ اليه الا عند عدم وجود طعن آخر يحقق نفس الغرض ، وانما يصح لصاحب الشأن أن يلجأ اليه كما يشاء حتى فى حالة وجود طرق أخرى للطعن .

أما فى الحالة الثانية ، حالة تصحيح الغلط فى أصل الحكم ، فان هذا الشرط الثالث ينطبق كل الانطباق ، وذلك مراعاة للحكمة التى دفعت القضاء الادارى الى خلق هذه الحالة والتوسع فى الطعن ألا وهى ضيق الطعن بالالتماس أى ضيق الطعن الوحيد وبعبارة أخرى عدم وجود أى وسيلة قانونية أخرى لتصحيح تلك الأخطاء . فاذا وجدت تلك الوسيلة – بوجود طرق طعن تؤدى الى نفس الهدف – انتفت الحكمة من التوسع فى الطعن وبذلك يقفل فى وجه صاحب الشأن ، الذى يتحتم عليه أن يلجأ الى الطرق الأخرى .

المبحث الثانى

شروط الطعن فى مصر

٦٨– أما فيما يتعلق بمصر ، فان فكرة الخطأ المادى وقصورها على مجرد تصحيح الأخطاء المادية وحدها دون الغلط فى أصل الحكم ، تؤدى الى عدم اشتراط الشروط الثلاثة الواجبة التوافر فى القانون الفرنسى . والمرد بطبيعة الحال فى فهم الشروط فى القانون المصرى انما يرجع قبل أى شىء الى النصوص ذاتها التى كانت على درجة كبيرة من الوضوح .

٦٩- أولا : أما عن الشرط الأول الواجب التوافر فى القانون الفرنسى وهو أن يكون الغلط المادى متعلقاً بالوقائع لا بالقانون فيجب أن يفهم لدينا على نحو مخالف ، لا أقول كل المخالفة ، وانما مخالف الى حد ما ، فقد نصت المادة ٣٦٤ من قانون المرافعات على أن « تتولى المحكمة تصحيح مايقع فى منطوق حكمها من أخطاء مادية بحته كتابية أو حسابية .. » وبما أن الأسباب الجوهرية قد تلتصق بالمنطوق ويكون لها حكمه فقد حكمت المحكمة الادارية العليا بحكمها الذى أوردناه فى الفصل السابق بأن للمحكمة أن تصحح ما وقع فى المنطوق أو فى الأسباب الجوهرية التى تعتبر متممة له من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية ، وعلى هذا نستطيع أن نقول ان الغلط المادى فى القانون المصرى يجب ألا يتعلق بتفسير القانون أو بتقدير المحكمة مرجحة احدى الكفتين على الأخرى وانما يتعلق بأخطاء مادية بحتة . أما حالة بناء الحكم على وقائع - لم تكن متنازعا فى صحتها فى ابان نظر الدعوى - وتبين بعد الحكم عدم صحتها وهى التى يمكن أن يبنى عليها طعن بتصحيح الغلط المادى فى أصل الحكم ، فلا يمكن قبولها لدينا فى مصر لأن بناء الحكم على وقائع غير صحيحة غالبا ما يكون راجعا الى فعل الخصم وتدليسه وبذلك تدخل فى نطاق الطعن بالتماس اعادة النظر (م ١/٤١٧) .

٧٠- ثانيا : الغلط المادى فى القانون المصرى يجب أن يكون ناتجا عن فعل القاضى أو خطئه وليس بفعل الخصوم . وهذا الشرط يظهر فى وضوح من نفس الجزء السابق من المادة ٣٦٤ ، وبه يتميز الطعن بتصحيح الغلط المادى بوضوح عن الطعن بالتماس اعادة النظر حيث يكون الغلط ناتجا - فى معظم حالاته - عن فعل الخصوم أنفسهم .

٧١- ثالثا : أما عن الشرط الثالث وهو عدم وجود طعن آخر يؤدى الى نفس النتيجة : فنعتقد أن توافره غير لازم لقبول الطعن فى القانون المصرى ، وذلك لأن الطعن بتصحيح الغلط المادى لا يهدف الا لتصحيح الغلط فى التعبير l'erreur d'expression دون الغلط فى أصل الحكم l'erreur du fond وبذلك فهو يعتبر طعنا أصليا وليس طعنا مساعدا أو ثانوياً وعلى ذلك فيصح الالتجاء اليه فى كل مرة توجد أخطاء فى التعبير فى المنطوق أو الأسباب الجوهرية المتممة للمنطوق حتى لو كان هنالك طعون أخرى تؤدى الى نفس الغرض .

الفصل الرابع

اجراءات الطعن بتصحيح الغلط المادى

المبحث الأول

فى فرنسا

٧٢- طبقاً لنص المادة ٧٨ من قانون ٣١ يوليه سنة ١٩٤٥ المنظم لمجلس الدولة الفرنسى يجب على الخصم صاحب الشأن ، اذا أراد أن يلجأ الى هذا الطعن ، أن يقدمه فى نفس الشكل الذى قدمت به الدعوى الأصلية على أن يكون ذلك فى مدى شهرين من تاريخ اعلان الحكم المراد تصحيحه .

١- فالطعن يجب أن يقدمه أصحاب الشأن الأطراف فى الخصومة ، بمعنى أنه لايجوز للمحكمة أن تقوم به من تلقاء نفسها بعد اصدار الحكم وذلك على خلاف القانون المصرى .

٢ - يجب أن يقدم الطعن فى نفس الشكل الذى قدمت به الدعوى الأصلية فاذا كان الطلب الأصلى من الطلبات التى لا يجوز تقديمها بغير محام سرى نفس الحكم بالنسبة للطعن بالتصحيح .

٣ - ميعاد الطعن شهران من تاريخ اعلان الحكم .

المبحث الثانى

اجراءات الطعن فى مصر

٧٣- تقضى المادة ٣٦٤ مرافعات بأن تتولى المحكمة تصحيح ما يقع فى منطوق حكمها من أخطاء مادية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعها هو ورئيس الجلسة .

ويجوز طبقاً للمادة ٣٦٥ الطعن فى القرار الصادر بالتصحيح اذا تجاوزت المحكمة فيها حقها المنصوص عليه فى المادة السابقة وذلك بطرق الطعن الجائزة فى الحكم موضوع التصحيح . أما القرار الذى يصدر برفض التصحيح فلا يجوز الطن فيه على استقلال .

ومن هذا نرى :

١ ــ أن الطعن بتصحيح الغلط المادى يمكن أن يقدم من أحد الخصوم ويمكن ــ وهذا على خلاف ما هو مقرر فى فرنسا ــ أن تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها .

٢ ــ ونحن نعتقد أن الطعن بالتصحيح يجب أن يقدم دائما الى سكرتيرية المحكمة المختصة بعريضة موقعة من محام ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٢٠ من قانون مجلس الدولة المصرى الواردة فى باب الاجراءات والتى نعتقد أنها تسرى على جميع الطعون وتنص على أن « كل طلب يرفع الى مجلس الدولة يجب أن يقدم الى سكرتيرية المحكمة المختصة بعريضة موقعة من محام مقيد بجدول المحامين المقبولين أمام المجلس » .

٣ ــ لم تحدد المواد السابقة ميعاد الطعن ويمكن الاستناد على ذلك لتقديم الطعن فى أى وقت ، وكنا نفضل أن يحذو المشرع المصرى حذو المشرع الفرنسى فيأتى بميعاد الستين يوما وخاصة أن الطعن بالتصحيح لايشمل لدينا سوى تصحيح أخطاء التعبير وهذه يمكن كشفها من قراءة الحكم لأول مرة فلا ضرر اذن اذا ما حدد الطعن فيها بمدة معقولة .

٤ ــ كانت النصوص التشريعية قاطعة فى تحديد مضمون فكرة الغلط المادى ووجوب قصرها على أخطاء التعبير . ولذلك فقد احتاطت للحالة التى قد تتجاوز المحكمة فيها حدود سلطاتها فتتخذ من هذا الطعن وسيلة لاعادة النظر فى الحكم نفسه ، وسيلة مستترة لاعادة النظر فى الدعوى . فنصت المادة ٣٦٥ على جواز الطعن فى القرار الصادر فى التصحيح بنفس الطرق الجائزة فى الحكم موضوع التصحيح ، وأما القرار الذى يصدر برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه على استقلال ، وانما يكون الطريق الوحيد الى مناقشته هو بالطعن فى الحكم الأصلى اذا كان قابلا للطعن فيه وكان ميعاد الطعن مازال مفتوحا ، فأحكام محكمة القضاء الادارى والمحاكم الادارية الصادرة بتصحيح الغلط المادى ــ اذا رأى الخصوم أن المحكمة قد جاوزت

بها حدود سلطتها — جاز الطعن فيها بالنقض أمام المحكمة الادارية العليا اذا وافق على ذلك رئيس هيئة مفوضى الدولة (طبقاً للمادة ١٥ من قانون مجلس الدولة) .

٧٤ــ كلمة أخيرة : ولنا قبل الانتهاء من دراسة هذا الطعن كلمة أخيرة تهم الفن التشريعى فى التشريعات المنظمة لمجلس الدولة : فقد لاحظنا فى صدد الطعن بالالتماس أن المشرع الفرنسى يتعمد أن يترك للمجلس حرية واسعة ليستكمل بناءه البريتورى فى القضاء الادارى كما يشاء ، وذلك بعدم التضييق عليه بنصوص تشريعية محددة وضيقة . ونرى هنا مثلا آخر نستمده من المادة الوحيدة المنظمة للطعن بتصحيح الغلط المادى فان هذه المادة على الرغم من أنها قد وضعت فى وقت استقرت فيه أحكام المجلس فى اتجاه معين الا أنها رفضت أن تضع أى تعريف لفكرة الغلط المادى بل جاءت بعبارات تعمد المشرع أن تكون واسعة لتسمح لمجلس الدولة أن يفسرها كما يشاء فقد قال المشرع الفرنسى فى تلك المادة :

Lorsqu'une décision du Conseil d'Etat est entachée d'une erreur matérielle susceptible d'avoir exercé une influence sur le jugement de l'affair, la partie interessée peut introduire, devant le Conseil d'Etat, un recours en rectification"

أى ما معناه :

عندما يكون حكم صادر من مجلس الدولة مشوباً بغلط مادى من شأنه أن يكون ذا أثر على القضاء فى الدعوى فان الخصم صاحب الشأن يستطيع أن يقدم أمام مجلس الدولة طعنا بالتصحيح .

هكذا كان النص : حكم مشوب بغلط مادى ... أما ما هو الغلط المادى هل هو الغلط فى التعبير أم الغلط فى أصل الحكم فهذه مسألة لم يتعرض لها المشرع من بعيد أو قريب وانما ترك أمرها للقضاء الادارى يحددها بما يتناسب مع قضائه فى جميع مواد القانون الادارى حتى يكون البناء وحدة متماسكة متناسقة ، ولعمرى ليس هنالك أجمل وأحفظ لذلك البناء البريتورى la construction prétorienne من هذا المسلك !!!

الباب الثالث

الطعن بالنقض

Le recours en cassation

٧٥ـ كان من بين التجديدات التى جاء بها القانون الجديد لمجلس الدولة المصرى انشاء طريق الطعن بالنقض لأول مرة لدينا ، على أن يرفع الى المحكمة الادارية العليا ، التى أنشئت بدورها لأول مرة ، وذلك لما شوهد من اصرار بعض دوائر محكمة القضاء الادارى على رأى مخالف لرأى معظم الدوائر الأخرى وما ينشأ عن ذلك من اختلاف فى تطبيق القانون الأمر الذى يخالف المبدأ القائل بوجوب أن تكون العدالة واحدة للجميع أى مبدأ المساواة بين العدالة l'égalité devant la justice فرغبة فى تحقيق ذلك المبدأ ، « ورغبة فى اصلاح أخطاء الأحكام التى تصدر فى المنازعات الادارية وفى تنسيق مبادىء القانون الادارى وتأصيل أحكامه تأصيلا يربط بين شتاتها ربطا محكما يمنع التناقض والتعارض بين أحكام القضاء الادارى ويتجه بها نحو الاتساق والاستقرار أنشأ المشرع المحكمة الادارية العليا وجعل مهمتها التعقيب النهائى على جميع الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى أو المحاكم الادارية فى الأحوال التى نص عليها وهى مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو تأويله أو وقوع بطلان فى الحكم أو فى الاجراءات أثر فى الحكم أو صدور حكم خلافا لحكم سابق حائز لقوة الشىء المحكوم به » (١) .

ولكى يشرح الفقيه أو الباحث أمر هذا الطعن بالنقض ويرسم حدوده ويبين معالمه لابد له من استعراض قواعد هذا الطعن فى فرنسا ليقارن بينها وبين الأحكام والمبادىء التى يراد لها أن تستقر عندنا .

٧٦ـ **الطعن بالنقض فى فرنسا** : ان الطعن بالنقض فى القانون الادارى الفرنسى ليختلف عن مثيله فى مصر فى أنه يقدم فى فرنسا ضد الأحكام الصادرة من الجهات القضائية الادارية لا الأحكام التى تصدرها المحاكم الادارية

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ١٥٩ سنة ١ قضائية جلسة ٥ نوفمبر ١٩٥٥

التابعة لمجلس الدولة . وهذه المحاكم الادارية التى كانت تسمى قبل اصلاح سنة ١٩٥٣ Les Conseils de préfecture أصبحت تسمى الآن Les tribunaux administratifs وجميع أحكامها تستأنف أمام مجلس الدولة فالطريق التى يفتح لتصحيح ماعساه ترتكبه من أخطاء فى تطبيق القانون هو طريق الاستئناف لا طريق الطعن بالنقض الادارى .

فالطعن بالنقض فى القانون الادارى الفرنسى هو طعن يطلب فيه الى مجلس الدولة أن يقرر أن قراراً أو حكما صادرا من جهة قضاء ادارى بصفة نهائية مخالف للقانون وبالتالى مستحق للالغاء على أن يكون ذلك التقرير متمتعا بقوة الشىء المقضى به(١) . أى أنه طعن بالالغاء recours en annulation يوجه لا الى أمر ادارى ولكن الى حكم نهائى صادر من جهة قضاء ادارى(٢) .

وهذا الطعن بالنقض يشترك مع الطعن بالالغاء فى نفس المصدر التشريعى وهو قانون ٧ — ١٤ أكتوبر سنة ١٧٩٠ الذى يحتم أن تحمل جميع « دعاوى عدم الاختصاص أمام الملك رئيس الادارة العامة » ، والمادة التاسعة من القانون الصادر فى ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢ ثم أخيرا المادة ٣٢ من القانون الصادر فى ٣١ يوليه سنة ١٩٤٥ بتنظيم مجلس الدولة .

والواقع أنه لم يكن ممكنا فى ظل القضاء المقيد justice retenue أن يتم التمييز بين الطعنين : الطعن بالالغاء والطعن بالنقض اذ لم يكن هنالك قضاء ادارى بالمعنى الصحيح اذ كان رئيس الدولة يفصل — بمساعدة مجلس الدولة — فى كل الطعون التى توجه ضد القرارات الادارية النهائية دون تفرقة بين ما صدر منها من الادارة أو القضاء الادارى . وكانت نظرية الوزير القاضى le ministre - juge تزيد الطين بله فتصعب أمر التمييز بين هذين الطعنين . وبزوال هذه الاعتبارات أمكن أن يرسم لكل طعن ذاتيته الخاصة فالقضاء المقيد أضحى قضاء مفوضا justice déléguée ، وازداد

---

(١) دويز ودبير Traité ص ٤٠٧ .

(٢) دى لوبادير Traité ص ٤٠٢ .

التمييز بين القرارات الادارية ، والأحكام التى تصدر من جهات قضائية ادارية ، وزالت فكرة الوزير القاضى ، فأمكن للفقه أن يساعد القضاء فى رسم حدود كلا الطعنين .

٧٧– وباستعراض تاريخ كلا الطعنين نجد أن الطعن بالنقض لم يجد أصله التاريخى فى الطعن المدنى بالنقض بل لعله وجده فى قانون ٧ – ١٤ أكتوبر سنة ١٧٩٠ ، أى لقد كان هو أصلا للطعن بالالغاء أو الطعن بتجاوز السلطة ولقد كان لافريير – كما يقول معظم الفقهاء – هو أول من ميز الطعن بالالغاء عن الطعن بالنقض سنة ١٨٨٥ وان كان هنالك من يقول بأن الفضل فى ذلك انما يرجع الى Foucart الذى أجرى هذه التفرقة فى كتابه Eiéments de nroit public سنة ١٨٥٦ ، وسواء أكان هذا أو ذاك هو صاحب الفضل فى وضوح التمييز بين الطعنين فان الأمر الذى لاشك فيه أنه لم تجىء الحرب العظمى الأولى الا وكان لكل من الطعنين ذاتيته الخاصة . وبقيام تلك الحرب نشأت كثير من اللجان القضائية التى تخضع أحكامها لمجلس الدولة عن طريق الطعن بالنقض . وقد أدى اتساع رقعة هذا الطعن الى توسيع أوجه الطعن cas d'ouverture وعلى الأخص مخالفة القانون la violation de la loi وان ظلت رقابة المجلس فى الطعن بالنقض أضيق من الطعن بالالغاء وخاصة فيما يتعلق بالغلط فى الوقائع erreur de fait فبينما كان الطعن بالالغاء يسمح للمجلس ببحث كل غلط فى الوقائع أدى الى غلط فى القانون فان الطعن بالنقض كان يستبعد كلية كل رقابة للمجلس فى هذا الشأن[1] .

وبين الحرب العظمى الأولى والحرب الثانية تطور قضاء مجلس الدولة تطورا واضحا بالنسبة لكلا الطعنين ذلك التطور الذى يبدو فى ازدياد السلطات التى يتمتع بها القضاء الادارى فى رقابته على ما يخضع له من أوامر ادارية وأحكام .

---

(١) Liet - Ueaux : تعليقه فى سيرى . ١٩٤٧ – ٣ – ٤٩

٧٨— الطعن بالنقض والطعن بالالغاء فى القانون الفرنسى : وبانتهاء الحرب العظمى الثانية دخل الطعن بالنقض فى مرحلة جديدة لعلها أدق مراحل تطوره اذ اتسعت بالنسبة له سلطات مجلس الدولة اتساعا قارب الى حد بعيد السلطات التى يتمتع بها المجلس بالنسبة للطعن بالالغاء الأمر الذى دعا بعض الفقهاء الى القول بانتهاء كل ذاتية للطعن بالنقض واعتباره طعنا عاديا بالالغاء . والحقيقة ان الذى حدا بالمجلس الى توسيع سلطاته فى الطعن بالنقض انما يرجع الى أمرين : أولها : أنه يقضى فى نطاقين متجاورين جدا : أحدهما كقاضى نقض والآخر كقاضى إلغاء : فمثلا هو فى التطهير الادارى بالنسبة لموظفى الدولة قاضى الالغاء بكل ما يستتبعه قضاء الالغاء من رقابة واسعة وهو — قاضى نقض — بالنسبة للتطهير المهنى l'épuration professionnelle أى التطهير الذى يجرى فى النقابات المهنية كنقابة الأطباء والمهندسين ، وهى النقابات التى تعتبر من أشخاص القانون العام وتتميز بأن الانضمام اليها اجبارى وان من حقها فرض ضرائب على أعضائها تجبى بالقوة وتستطيع الدفاع عن حقوق أعضائها الذين تبين هى لهم واجباتهم المهنية ، فمن غير المعقول أن يتمتع المواطن فى حالة التطهير الادارى بكل الضمانات التى تخولها رقابة الالغاء ذات السلطات الواسعة على قرارات التطهير بينما لايتمتع المواطن فى حالة التطهير المهنى بنفس الضمانات .

وثانيهما : هو أن اللجان القضائية فى النقابات المهنية تضم كثيرا من الأعضاء الذين لاتتوافر فيهم شروط القضاء كالمعرفة العميقة للمبادىء القانونية والعدالة والتجرد من الهوى . فبات محتملا أن يخطىء هؤلاء أخطاء فادحة ناهيك عن اساءة استعمال السلطة التى تأتى من النزعات السياسية والحزبية الأمر الذى حدا بمجلس الدولة أن يقبل — فى بعض أحكامه — عيب اساءة استعمال السلطة كوجه من أوجه الطعن بالنقض .

لذلك ، وأمام اتساع سلطات مجلس الدولة ، اعتقد بعض الفقهاء أن الطعن بالنقض قد انتهى كطعن متميز ذو ذاتية خاصة وانه قد إندمج نهائيا مع الطعن بالالغاء . ونحن مع الكثير من الفقهاء الفرنسيين نرى

أن الطعن بالنقض ما زال يحتفظ بذاتيته الخاصة ، وان كانت أوجه الشبه بينه وبين الطعن بالالغاء قد ازدادت فى السنين الأخيرة ، هذا عن القانون الفرنسى .

٧٩– أما عن القانون المصرى : فاننا نستطيع القول بأن المحكمة الادارية العليا قد جاءت – وهى فى سبيل ارساء القواعد لهذا الطعن – بابتداع كبير غير مسبوق ، فقد خرجت المسائل تخريجا رائعا كان من نتيجته اتساع نطاق الرقابة القضائية على الأحكام محل الطعن بالنقض ، فلم تلجأ الى التصوير المألوف فى النقض المدنى بالتفرقة بين الوقائع والقانون وما يباح وما لا يباح لقاضى النقض كقاضى قانون فقط ، وانما جاءت بابتداع جميل عندما أبرزت أن رقابة قضاة النقض انما هى رقابة قانونية : فرقابة قاضى الالغاء مثلا هى رقابة قانونية يسلطها على القرار الادارى ليتبين مدى مطابقته أو عدم مطابقته لأحكام القانون ، ورقابة قاضى النقض هى رقابة من نفس طبيعة الرقابة السابقة ، أى أنها هى أيضا رقابة قانونية ، الأمر الذى يحتم أن تسلط المحكمة العليا رقابتها على القرار الادارى المطعون فيه ثم على الحكم الصادر فى الموضوع لتتبين مدى مخالفة الأول لقواعد القانون ومدى احساس الآخر بهذه المخالفة وحسن تطبيقه لهذه القواعد ، وقد ترتب على هذا التصوير نتيجة نظرية وأخرى عملية :

الأولى : هى أن الطعن الادارى بالنقض قد أضحت له ذاتية متميزة عن الطعن المدنى بالنقض .

والثانية : هى ازدياد عمق رقابة المحكمة العليا الادارية كقاضى نقض ادارى الأمر الذى نراه محلا للارتياح اذ عوض النقص الموجود فى طرق الطعن اذ أن مثل هذه الأحكام التى يطعن فيها لدينا بالنقض يجوز الطعن فيها بالاستئناف – بكل ما فيه من سلطات واسعة نسبيا اذا ما قيست بالطعن بالنقض – فأمام عدم وجود هذا الطعن بالاستئناف ، أضحى ضروريا لتثبيت مبادىء القانون الادارى وتمتع المتقاضين بأكبر قسط من العدالة أن يتسع الطعن بالنقض على النحو الذى وضعته المحكمة الادارية العليا .

ويمكننا القول بعد أن نرى ماقررته المحكمة العليا بصدد شروط قبول الأسباب والطلبات الجديدة ، وعدم تقيد المحكمة بطلبات هيئة المفوضين وما قررته بصدد فهم الوقائع وفهم القانون أن الطعن بالنقض فى القانون الادارى المصرى قد أمسى طعنا بالالغاء ضد الأحكام الصادرة من المحاكم الادارية ومحكمة القضاء الادارى ، أمسى طعنا عاديا بالالغاء بنفس السلطات التى يتمتع بها قاضى الالغاء اذا استثنينا أمرين :

أولهما : عدم قبول اساءة استعمال السلطة كسبب من أسباب الطعن .

وثانيهما : أن هذا الطعن بالنقض يوجه ضد حكم لاضد قرار ادارى .

والآن ، نستعرض أحكام هذا الطعن بالنقض فى فصول ثلاثة : نبحث فى الأول شروط قبول الطعن بالنقض بينما نبحث فى الثانى أحوال الطعن بالنقض ونخصص الثالث للآثار المترتبة على الطعن بالنقض سواء حكم فيه بالرفض أو القبول .

الفصل الأول

شروط قبول الطعن بالنقض

سوف نتناول تحت هذا العنوان دراسة العناصر الثلاثة الآتية ، كل منها فى مبحث خاص :

١ — طبيعة القرار المطعون فيه .

٢ — الأشخاص الذين يجوز لهم الطعن بالنقض .

٣ — ثم قواعد الشكل والمدة .

المبحث الأول

طبيعة القرار المطعون فيه

§ ١ فى فرنسا

٨٠— ان أول ما يميز الطعن بالنقض عن الطعن بالالغاء انما يرجع الى طبيعة القرار المطعون فيه . فبينما نرى أن الطعن بالالغاء انما يوجه ضد قرار ادارى اذا بالطعن بالنقض لا يوجه الا الى :

١ — حكم .

٢ — نهائى .

٣ — صادر من جهة ادارية ذات اختصاص قضائى .

٤ — أو بالأحرى الى حكم نهائى صادر من جهة ادارية ذات اختصاص قضائى حتى ولم لو ينص صراحة على امكان الطعن فيه بالنقض .

٨١— (١) الطعن بالنقض يوجه الى حكم décision ، فما الفرق بين الحكم أو العمل القضائى acte juridictionnel ، والقرار الادارى أوالعمل الادارى l'acte administratif ؟ كثرت النظريات وتعددت الاتجاهات فالاتجاه الشكلى وعلى رأسه كاريه دى ملبرج يرى أنه من الضرورى أن نرجع أولا الى الهيئة التى أصدرت الحكم لنتأكد من أن لها استقلال القضاة وضمانات القضاء وعلى الأخص قواعد المرافعات التى صدر الحكم بعد تطبيقها وبذلك يكون القرار الادارى هو الذى يصدر طبقاً للقوانين والاجراءات الادارية وأما العمل القضائى أو الحكم فهو ما يصدر طبقاً للقوانين والاجراءات القضائية .

أما الاتجاه الموضوعى وعلى رأسه العميد دوجى Duguit فيرى ان العمل القضائى acte juridictionnel انما يتميز بوجود عناصر ثلاثة :

١ — ادعاء فردى بحصول اعتداء على الحالة القانونية الاصلية l'ordonnancement juridique ويطلب أصحاب الشأن ايقافه .

٢ — تقرير constatation من الجهة المختصة بصحة أو بطلان ذلك الادعاء ، أى تقرير بحدوث اعتداء على قاعدة قانونية أو مركز قانونى . وهذه هى النقطة الأساسية عند دوجى .

٣ — القرار وبه تعود الحالة القانونية الأصلية l'ordonnancement juridique متطابقة مع القانون بازالة كل اعتداء محتمل عليها . وهذا القرار هو نتيجة للتقرير السابق constatation ويلتحم به التحاما لا يقبل الانفصال ولكى نزيد الأمر ايضاحا نمثل هذا بحالة موظف فصل من وظيفته تعسفاً

من الادارة ، فقدم طعنا بالالغاء أمام مجلس الدولة فهذا هو العنصر الأول أى الادعاء الفردى بحصول اعتداء على الحـــالة القانونية الأصلية l'ordonnancement juridique فيأتى مجلس الدولة ويقرر، وهذا هو عنصر التقرير constatation ، حصول ذلك الاعتداء على الحالة القانونية الأصلية وهذه هى المرحلة الثانية ثم يصدر حكما décision (وهذا هو العنصر الثالث) يلغى به القرار الادارى الباطل . فهذا الحكم انما هو نتيجة للتقرير constatation متصلا به أتصالا لا يقبل الانفصال .

٨٢ــ ثم جاء بونار فاختلف مع أستاذه دوجى فيما يتعلق بالعنصر الثالث وهو القرار la décision وكان من رأيه أن القرار ليس عنصرا هاما من عناصر العمل القضائى l'acte juridictionnel ولكن يمكن أن يتحد معه ، ذلك لأن هنالك عملا قضائيا ليس به قرار على الاطلاق كما فى حالة رفض الطعن بالالغاء اذ يوجد فقط تقرير constatation بعدم وجود اعتداء على الحالة القانونية الأصلية l'ordonnancement juridique ، أما اذا قرر القاضى مثلا الغاء الأمر الادارى أو منح تعويض فى دعاوى المسئولية فهذه ليست سوى اجراءات قصد بها تحقيق مضمون التقرير فهى تضيف وتكمل العمل القضائى l'acte juridictionnel مستقلة عنه ولا تشاركه طبيعته . والواقع أنه اذا كان العمل القضائى لا يؤدى دائما الى قرار décision فيغدو من العبث الاعتماد عليه كعنصر للتمييز .

٨٣ــ وقد كان لجيز Jéze فضل تهذيب وايضاح الآراء التى جاء بها دوجى فى هذا الصدد . فقد حدث أن هاجم الأستاذ لبرو Lureau[1] وجود العنصر الأول وهو عنصر الأدعاء الفردى لحصول اعتداء على الحالة القانونية الأصلية l'ordonnancement juridique فأبان بانه ليس عنصرا من عناصر العمل القضائى l'acte juridictionnel لأنه لايصدر لا من الافراد وليس من القاضى الذى تلقى وحده من القانون سلطة الفصل فى المنازعات[1] .

(١) راجع رسالته فى تفسير اللوائح الادارية وتقدير مشروعيتها بواسطة المحاكم العادية ، رسالة للدكتوراه قدمت لجامعة بردو Bordeaux سنة ١٩٢٠ وعلى الأخص ص ١٦٧

وقد أوضح جيز أن العنصر الوحيد المميز للعمل القضائى هو عنصر التقرير la constatation وهذا التقرير له أهمية ضخمة اذ أنه الشرط الضرورى الذى يجب توافره لتمارس السلطات العامة اختصاصها فى اكراه المحكوم عليه "Elle a une grande valeur juridique, elle est la condition pour que les agents de la force publique aient le devoir d'exercer leur competence de containte"(١)

وتبعا لذلك التقرير يجب أن تتحرك السلطة التنفيذية لتقضى على المراكز القانونية التى أعلن القضاء عدم مشروعيتها .

ثم أردف جيز مضيفا الى العنصر السابق عنصرا جديدا يميز العمل القضائى تميزاً قاطعا عن القرار الادارى ، ألا وهو قوة الشىء المقضى به l'autorité de la chose jugée فأصبح العمل القضائى — فى رأيه — هو التقرير constation المصحوب بقوة الشىء المقضى به بحدوث اعتداء ، أو عدم حدوث اعتداء على الحالة القانونية الأصلية l'ordonnancement juridique

٨٤— وقد كان من بين الاعتراضات التى وجهها جيز(٢) الى نظرية دوجى أن العناصر الثلاثة المميزة للعمل القضائى فى نظره يمكن أن توجد بذاتها فى القرار الادارى وخاصة فى حالة الاختصاص المقيد la compétence liée ولنمثل ذلك بطعن رئاسى recours hierarchique يرفع لوزير الداخلية يطلب فيه مقدمه الغاء قرار ادارى صادر من مدير برفض منح ترخيص صيد un permis de chass فهنا ادعاء فردى بحصول اعتداء على الحالة القانونية الأصلية l'ordonnancement juridique ناتج عن رفض الترخيص ثم حصول تقرير constatatian يقوم به الوزير بصحة حصول ذلك الاعتداء ثم قرار décision بمنح الترخيص للطالب وتسليمه له . ولكن دوجى رد على ذلك بأن التقرير فى حالة العمل القضائى انما يعتبر فى ذاته غاية comme une fin بينما هو فى الحالة الأولى ليس الا وسيلة un moyen تؤدى

---

(١) جيز : مجلة القانون العام سنة ١٩٠٩ ص ٦٧٧

(٢) جيز : المبادىء العامة طبعة ٣ ، صفحة ٥٢ الهامش .

الى القرار الادارى ونحن نرى مع بعض رجال الفقه الفرنسى أن عمل الادارة فى هذه الحالة انما يعتبر عملا قضائيا من الناحية المادية au point de vue matériel وهنا يتضح لنا مدى لزوم العنصر الثانى الذى أضافه چيز – وهو قوة الشيء المقضى به – لتمييز العمل القضائى أو الحكم عن العمل الادارى أو القرار الادارى .

٨٥– هذه عجالة قصيرة لرأى الفقه . فأى النظريات يسترشد بها قضاء مجلس الدولة فى فرنسا ؟ الواقع ان قضاء مجلس الدولة ما زال يحمل كل يوم تقديرا لآراء كاريه دى ملبرج واتجاهه الشكلى أو كما يقول الأستاذ جان لوليه الأستاذ بجامعة بواتييه(١) أن القانون العام الفرنسى فى مجموعه قانون شكلى بمعنى أن المناط فى وصف الأعمال والأنظمة القانونية انما يرجع الى شكلها الخارجى أكثر من مضمونها(٢) "Notre droit public est dans son ensemble un droit formaliste, en ce sens que pour qualifier les actes et les institutions juridiques. le Consεil d'Etat s'attache moins à leur contenu que à leur forme

٨٦ – ومعنى ذلك أن مجلس الدولة يعتبر القرار قضائيا يخضع له عن طريق الطعن بالنقض :

١ – اذا كان صادرا من جهة ادارية وصفها القانون بأنها قضائية أى ذات اختصاص قضائى .

٢ – أو فرض عليها اتباع قواعد خاصة للمرافعات تميز الجهة القضائية وقراراتها : فمثلا يجب أن يكون نظر الدعوى فى مواجهة الخصوم وأن تتوافر كل ضمانات المرافعة والدفاع لكل من الطرفين وأن تكون قراراتها مسببة تسببيا كافياً(٣) .

---

(١) فى تعليقه على حكم Moineau مجلس الدولة الفرنسى ٢ فبراير سنة ١٩٤٥ . سيرى ١٩٤٦ – ٣ – ١٠٣

(٢) يؤيده فى نفس الرأى العميد Moreau فى كتابه اللائحة الادارية ١٩٠٥ ص ١٠٥ أ ؛ رولان فى كتابه الوجيز فى القانون الادارى الطبعة التاسعة ١٩٤٧ ص ٤٥

(٣) راجع حكم Moineau الصادر من مجلس الدولة الفرنسى فى ٥ فبراير سنة ١٩٤٥ ، داللوز ١٩٤٥ قضاء ص ٢٧٢ تعليق كوليار ، سيرى ١٩٤٦ – ٣–٩ تعليق جان لولييه . =

فى هاتين الحالتين نرى أن مجلس الدولة الفرنسى يرجح الأخذ بالمعيار الشكلى .

ولكن يحدث ألا يحدد القانون صراحة طبيعة الجهة التى أصدرت الحكم ولا يحدد قواعد خاصة للمرافعات تشمل ضمانات جدية للأفراد وتضمن وجود عدالة حقيقية وثابتة ، فما الحل فى هذه الحالة ؟ يلجأ مجلس الدولة عادة الى بحث طبيعة المهمة الملقاة على عاتق تلك الجهة وهل هى نفس المهمة الملقاة على عاتق القاضى . فاذا تبين ذلك أعنى اذا تبين أنها جهة قضائية من الناحية المادية فرض عليها قواعد خاصة للمرافعات تشمل ضمانات هامة للأفراد ليعترف لها بعد ذلك بصفة الجهة القضائية من الناحية الشكلية . فهنا يأخذ مجلس الدولة أيضا بالمعيار الشكلى ولكن بعد أن يتلمس طريقه الى ذلك عن طريق المعيار الموضوعى ولنضرب لذلك مثلا مستمدا من قضية Legrand et Billard (1) بشأن Les commissions départementales de remembrement فاذا كانت هذه اللجان لاتقتصر مهمتها على مجرد الفصل فى طلبات الخصوم وانما يخول لها القانون تدخلا فعليا فى عمليات التقسيم العقارى ، فان الدورالذى تقوم به — هو من الناحية المادية — ليس مشابها للدور الذى يقوم به القاضى وبالتالى لاتعتبر جهة ادارية قضائية تخضع قراراتها بالنقض لمجلس الدولة .

٨٧— (٢) يجب أن تكون الجهة القضائية التى أصدرت الحكم ، جهة ادارية : فيما سبق أوضحنا ضرورة صدور القرار من جهة قضائية ، وهنا نورد شرطا آخر وهو كون تلك الجهة القضائية ادارية . وهذا الشرط يمليه منطق الفصل بين الجهتين القضائيتين : العادى والادارى ، ذلك المنطق الذى يقضى بألا يفصل مجلس الدولة كقاضى نقض فى أحكام جهة قضائية تتبع القضاء العادى .

= أنظر أيضا حكم Very ، لمجلس الدولة الفرنسى فى ٢٠ يونيه١٩١٣ سيرى ١٩٢٠-٣-١٤ مذكرة مفوض الدولة Corneille ، وانظر أيضا حكم Syndicat Normand لمجلس الدولة الفرنسى فى ٦ فبراير ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣١ ص ١٩٥ ، وحكم Le Souvenir لمجلس الدولة فى ٨ نوفمبر ١٩٣٣ مجموعة الأحكام ص ١٠٨٢ .

(١) مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٧ يناير ١٩٥٠ . سيرى ١٩٥٠ — ٣ — ٤١ .

٨٨– (٣) يجب أن يكون ذلك الحكم نهائيا En dernier ressort
هذه القاعدة مقررة فيما يتعلق بالمواد المدنية بالمادة ٢ من قانون ٢٧ نوفمبر – أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ ، وهى تكون فى حقيقة الأمر مبدأ من المبادىء العامة فى المرافعات الواجبة الانطباق حتى ولو بغير نص على كل الجهات القضائية ، ولا يمكن مخالفتها الا بناء على نص صريح من المشرع . هكذا قضى مجلس الدولة مرارا وتكرارا فيما يعرض عليه – كقاضى نقض – من قضاء ادارى[1].

يجب أن يكون الحكم نهائيا فلا يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف أو المعارضة ، فاذا كان قابلا للطعن بالاستئناف وترك الطاعن المدة تمضى فلا يجوز له أن يطعن فى الحكم بالنقض ، قاعدة مقررة فى القانون الادارى والقانون المدنى على حد سواء[2].

ولكن اذا كان الاستئناف يقف حائلا دون اعتبار الحكم نهائيا فالأمر على خلاف ذلك للأحكام القابلة للمعارضة أى الأحكام الغيابية ، فاذا ترك الخصم تلك المعارضة تمضى جاز له مع ذلك أن يطعن بالنقض فى الحكم على شرط أن يكون غير قابل للاستئناف .

٨٩– الطعن بالتماس اعادة النظر وعلاقته مع الطعن بالنقض[3]:
ان الطعن بالتماس اعادة النظر لايقوم عائقاً فى سبيل الطعن بالنقض . ولكن هب أن حكما طعن فيه بالالتماس وبالنقض ، فحكم فى الالتماس بالغاء الحكم ولما يصدر الحكم فى الطعن بالنقض ، فما الحل فى هذه الحالة ؟

يجب أن نفرق هنا بين فرضين :

الفرض الأول : اذا بنى الالتماس باعادة النظر على خطأ فى الحكم ، وقبلت المحكمة الصادر منها الحكم الطعن بالالتماس وحكمت فيه بالغاء الحكم ففى هذه الحالة يفقد الطعن بالنقض سبب وجوده اذ الغرض منه هو الغاء

---

(١) دى فون ريليو . المرجع السابق ص ٣٢ .

(٢) دى فون ريليو . المرجع السابق ص ١٣٤ ؛ Morel فى كتابه فى المرافعات Traité élémetaire de pocédure civile طبعة ٣ ص ٥٠٧ – ٥٠٨ .

(٣) دى فون ريليو . المرجع السابق ص ١٣٤ وما بعدها .

الحكم (أى نفس الحكم الذى ألغى بناء على الالتماس) لخطأ شابه وهذا الغرض يتحقق بالغاء الحكم بناء على الالتماس . فلا يكون هناك ثمة فائدة من الاستمرار فى الاجراءات لالغاء حكم هو فى نظر القانون ملغى .

أما اذا حكم فى الالتماس بالرفض ، استمرت اجراءات النظر فى الطعن بالنقض لأن هذا الطعن يمثل للطاعن مصلحة محققة وهى الغاء حكم لاوسيلة لالغائه بطريق آخر .

الغرض الثانى : حالة وجود وقائع جديدة تعدل المركز القانونى ولكنها لاتعتبر عيبا أو قصورا شاب الحكم الأصلى . ومثالها حالة التماس اعادة النظر فى مواد المعاشات لزيادة العجز الجثمانى مثلا ، فان زيادة العجز الجثمانى لاتعتبر سببا من الأسباب القانونية التى درسناها آنفا والتى تجيز الطعن بالالتماس بالمعنى الصحيح ولكن القانون اذ يجعلها فى حالة معينة سببا لاعادة النظر فى الحكم الأصلى فان ذلك لايعنى أن الحكم الأصلى صدر باطلا أو أنه لن يرتب آثارا على الاطلاق وانما يعنى أن يمنح لفرد جدير برعاية خاصة وسيلة قانونية لتعديل الحكم على أن يعتبر ذلك الحكم صحيحا منتجا لآثاره فى الماضى أى الى ما قبل صدور الحكم فى الطعن بالالتماس .

فى هذا الفرض : اذا عدل الحكم الأصلى بناء على الالتماس باعادة النظر فان ذلك لايؤثر مطلقاً على الطعن بالنقض وذلك لأن الطعن بالنقض مازال يحمل كل يوم فائدة محققة للطاعن : هى الغاء الحكم بالنسبة للماضى اذ الأصل كما قلنا أن الحكم الأصلى يظل منتجا لآثاره الى ما قبل الحكم الصادر فى الالتماس ، والذى يحطم هذه الآثار ليس هو الطعن بالالتماس وأنما هو الطعن بالنقض .

٩٠ـ (٤) كل حكم نهائى صادر من جهة قضائية ادارية يمكن الطعن فيه بالنقض أمام مجلس الدولة حتى ولو لم ينص القانون صراحة على امكان الطعن فيه بالنقض . وقد قرر المجلس أن اختصاصه بنظر تلك الأحكام كقاضى نقض انما ينبع بقوة القانون de plein droit من نفس النصوص التى جعلته قاضيا للالغاء بالنسبة للادارة العاملة .

وهذا لاينفى مطلقاً وجود نصوص صريحة خولت المجلس النظر فى أحكام ادارية معينة كقاضى نقض ، ولكن حتى ولو لم يوجد نص صريح فان المجلس يعتمد على قانون ٤ — ١٧ أكتوبر سنة ١٧٩٠ ؛ م ٩ من قانون ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢ ، م ٣٢ من القانون المنظم لمجلس الدولة الصادر فى ٣١ يوليه سنة ١٩٤٥ — أى على نفس النصوص التى يستمد منها اختصاصه بالنظر فى الطعن بتجاوز السلطة — ليقرر اختصاصه كقاضى نقض بنظر الأحكام النهائية للجهات القضائية ، طالما أن القانون لم يقرر صراحة عكس ذلك(١).

٢ § فى مصر

٩١— أما فى مصر فان الأمر أسهل منه فى فرنسا لأن الأحكام التى يجوز الطعن فيها بالنقض محددة بشكل واضح ؛ فهى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى أو من المحاكم الادارية وذلك طبقاً لنص المادة ١٥ من قانون مجلس الدولة التى تنص على أن « لرئيس هيئة المفوضين من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ذوى الشأن ان رأى الرئيس المذكور وجها لذلك ، أن يطعن أمام المحكمة الادارية العليا فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى أو المحاكم الادارية وذلك فى الأحوال الآتية : ... » .

٩٢— وقد قررت المحكمة الادارية العليا تفسيرا لهذا النص أنه يجوز الطعن بالنقض فى أحكام محكمة القضاء الادارى سواء فى القضايا التى رفعت اليها طعنا فى الأحكام الصادرة من اللجان القضائية التى شكلت بالقانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٢ المعدل بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٥٣ أو استئنافا فى الأحكام الصادرة من المحاكم الادارية المشكلة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٤ . وقد كان ذلك بالحكم الصادر فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥ فى الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ١ قضائية حيث قالت :

---

(١) أنظر دويز ودبير : المرجع السابق ص ٤٠٧ ، ٤٠٨ ، وأنظر تعليق جان فوليه السابق الكلام عنها ، وأنظر تعليق فالين على حكم D'Aillières لمجلس الدولة فى ٧ فبراير ١٩٤٧ (مجموعة الأحكام ص ٥٠) مجلة القانون العام ١٩٤٧ ص ٦٨ .

« ان نص المادة ١٥ من قانون مجلس الدولة لم يخصص الطعن فى الاحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى بتلك التى تصدرها المحكمة فى دعاوى مرفوعة اليها ابتداء دون الأحكام التى تصدرها فى دعاوى مرفوعة اليها طعنا فى قرار لجنة قضائية أو فى حكم لمحكمة ادارية ، بل المناط فى ذلك هو كون الحكم المطعون فيه صدر من أيها وقامت به حالة أو أكثر من حالات الطعن المنصوص عليها فى المادة المذكورة » .

٩٣- كما حكمت بجواز الطعن بالنقض فى الحكم الصادر من محكمة القضاء الادارى بوقف تنفيذ قرار ادارى مطعون فيه لديها طبقاً لنص المادة ١٨ من قانون ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ التى تنص على أنه « لا يترتب على رفع الطلب الى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب الغاءه على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه موقتا اذا طلب ذلك فى صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها » .

وقد أجازت المحكمة الادارية العليا الطعن فى مثل هذه الأحكام حتى ولو كان الحكم الأصلى فى الموضوع لم يصدر بعد وقالت فى ذلك :

« أن مثل هذا الطعن جائز استقلالا عن الطعن فى حكم الألغاء ذاته ، ذلك لأن الحكم بوقف تنفيذ القرار الادارى وأن كان حكما موقتا بمعنى أنه لايقيد المحكمة عند نظر أصل طلب الألغاء الا أنه حكم قطعى وله مقومات الأحكام وخصائصها ، ويحوز قوة الشىء المقضى فيه فى الخصوص الذى صدر فيه طالما لم تتغير الظروف ، وبهذه المثابة يجوز الطعن فيه أمام المحكمة الادارية العليا استقلالا شأنه فى ذلك شأن أى حكم نهائى » . (الحكم الصادر فى الطعن رقم ٢٠ لسنة ٢ قضائية ، جلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٥ ، نفس المبادىء فى الطعن رقم ٢٦ لسنة ٢ قضائية جلسة ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٥

المبحث الثانى

الأشخاص الذين يجوز لهم الطعن بالنقض

١ § فى فرنسا[1]

٩٤ـ لقد أوضحنا فيما سبق أن الطعن بالنقض يختلف اختلافا واضحا عن الطعن بالالغاء فيما يتعلق بطبيعة القرار المطعون فيه ، ونحن هنا نستعرض مجالا آخرا يزداد فيه الطعن بالنقد وضوحا وتمييزا . فاننا نعلم أن الطعن بالالغاء دائما يجوز لكل شخص له مصلحة مباشرة ، شخصية ومشروعة direct, personnel, et légitime فى الغاء القرار الادارى الذى ألحق به ضررا . هذا الاتساع فى شروط القبول دعى البعض أن يتحدث عن دعوى الحسبة action populaire بصدد الحديث عن الطعن بالالغاء[2]، هذا الاتساع لانصادفه فى الطعن بالنقض الذى لا يسمح القانون برفعه الا للأطراف فى الخصومة التى أدت الى الحكم النهائى ، الأطراف سواء الحاضرين بأنفسهم presents أو الممثلين فيها representés وهذا الخلاف فى الواقع انما هو صدى للخلاف السابق الذى تحدثنا عنه آنفا أى الخلاف بين العمل الادارى أو القرار الادارى L'acte administratif والعمل القضائى أو الحكم L'acte juridictionnel فالقرار الادارى انما يصدر من الادارة اما من تلقاء نفسها بغير تحقيق واما بعد تحقيق قصر أم طال وغالبا لايشمل الكثير من الضمانات بينما نجد أن الجهة الادارية القضائية التى تصدر الحكم الادارى النهائى هى بحكم تكوينها القانونى قد تلقت من القانون اختصاصا بالفصل فى بعض المنازعات الادارية والتزمت باتباع بعض قواعد المرافعات التى تحمل الكثير من الضمانات للمتقاضين وأولها أن يكون الحكم فى مواجهة الخصوم Contradictoire وتيسر حرية الدفاع لكل منهم ليستطيع أن يبدى رأيه على قدم المساواة مع الخصم الآخر .

---

(١) أنظر De Font-Réaulx المرجع السابق ص ١٣٧ وما بعدها .

(٢) أنظر بحث للأستاذ Dupuy عن الطعن بالنقض فى مجلة القانون العام ١٩٥٠ . ص ٥١٨ وما بعدها .

٩٥— (١) ولقد استقر قضاء مجلس الدولة على أنه لايجوز أن يرفع الطعن بالنقض الا من أطراف الخصومة أمام الجهة القضائية التى أصدرت الحكم النهائى المطعون فيه بالنقض . فاذا كان هنالك شخص ذو مصلحة فى القضاء على هذا الحكم الذى لم يكن هو طرفا فيه فقد يستطيع هذا الشخص أن يقدم معارضة الشخص الثالث La tierce opposition ولكنه لايستطيع أن يطعن فى الحكم بالنقض[١] .

٩٦— كذلك لاتستطيع الجهة القضائية التى أصدرت حكما حطم فى الاستئناف أن ترفع نقضا ضد هذا الحكم الذى جاء مخالفاً لرأيها بينما يجوز لهيئة ادارية لا مركزية كمجلس المديرية مثلا أن تطعن هى أو أحد أفرادها بالالغاء فى قرار سلطة الوصاية (قرار وزير الداخلية مثلا) الذى جاء مخالفا لرأيها[٢].

٩٧— كذلك لايستطيع عضو فى هيئة قضائية لم تأخذ الاغلبية برأيه أن يقدم طعنا فى الحكم الصادر نتيجة المداولة[٣] ، بل وأن الهيئة القضائية ليس فقط لا تستطيع أن تطعن بالنقض فى استئناف حطم حكمها بل ولا تستطيع أيضا أن تتدخل فى طعن رفع ضد أحد الأحكام الصادرة منها [٤] .

٩٨— ولعله من الطريف أن نذكر محاولة الاستاذ ليت فو Liet-Veaux فى تعليق له منشور فى سيرى ١٩٤٧—٣— ٤٩ يحاول فيه جاهدا أن يتجاهل كل فرق بين الطعن بالنقض والطعن بالالغاء ليخلص فى النهاية الى أن الطعن بالنقض

---

(١) أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٠ فبراير ١٩٥٠ فى قضية Société anonyme des Entreprises Richinger منشور فى مجموعة أحكام مجلس الدولة ص ٣٠٥ .

(٢) أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٠ فبراير ١٩٥٠ فى قضية Conseil régional de de L'Ordre des pharmaciens de la 18e région sanitaire منشور فى سيرى ١٩٥٠—٣—٣٦ والتعليق المرافق .

(٣) مجلس الدولة الفرنسى فى ٤ يونيه ١٩١٧ فى قضية Manguin المنشور فى سيرى ١٩٢٣ — ٣ — ٤٣ .

(٤) مجلس الدولة الفرنسى فى ٣١ مارس ١٩٥٠ فى قضية Dame Slaiher مجموعة أحكام مجلس الدولة ص ٢٠٩ .

لا فائدة له وأنه فى الواقع يشبه الطعن بالالغاء تماما ، ومن ثم وجب الغاؤه . وكان مما قاله فيما نحن بصدده أنه يجوز للأقلية فى الهيئات القضائية الادارية المنتخبة (كالهيئات القضائية المهنية القائم بالتأديب) أن تطعن فى الأحكام الصادرة على خلاف رأيها زعما منها أن لها مصلحة خاصة تدافع عنها . والواقع أننا نعتقد أن ما ذهب اليه الأستاذ ليت فو فى هذا الصدد غير صحيح ، وكما قال بعض الفقهاء[1] : اما أن تكون هذه الهيئات قضائية أو غير قضائية فاذا كانت هيئات قضائية فليس لأعضائها أى مصالح خاصة انما هم فى خدمة المشروعية المجردة La légalité objective ، وحتى الأقلية التى أبدت الرأى المرجوح فانها فى الحقيقة مقيدة طبقاً للقانون بالقرار الصادر نتيجة المداولة .

٩٩– وقد اعترف الأستاذ ليت فو فى التعليق المذكور بأن ذلك هو رأيه الخاص ، وللقضاء وحده أن يقرر الرأى النهائى ، وفى ٣٠ يوليه سنة ١٩٤٩ جاء مجلس الدولة بحكم فى قضية Faucon يقول فيه :

" Cette voie de recours est réservée suivant les principes généraux du droit, aux personnes qui ont la qualité de partie dans l'instance ayant donné lieu à lo décision attaquée "

ليس هذا فقط بل جاء المجلس فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٠ بحكم فى قضية Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de la 18e région sanitaire (المجلس الأقليمى لنقابة الصيادلة فى الأقليم الصحى الثامن عشر) أكثر وضوحا فى مخالفة رأى الأستاذ ليت فو لأنه جاء بصدد نفس الهيئات التى تحدى بها الأستاذ المذكور وهى الهيئات القضائية المنتخبة ، وتتلخص هذه القضية فى أن المجلس الاقليمى لنقابة الصيادلة طعن بالنقض فى حكم استئناف صادر من المجلس الوطنى للنقابة على خلاف رأيه ، فقرر مجلس الدولة أن المجلس الأقليمى لنقابة الصيادلة له صفة الهيئة القضائية فيما يتعلق بالمحاكمات التأديبية وبالتالى فليس له صفة فى الطعن بالنقض فى قرارات المجلس الوطنى التى يصدرها كقاضى استئناف (من الجدير أن نلفت النظر هنا الى أن النقابات المهنية تعتبر شخصا من أشخاص القانون العام

---

(١) Dupuy ، البحث السابق ص ٥٣٥ .

وبالتالى فان قراراتها تعتبر قرارات ادارية خاضعة لولاية الالغاء أمام مجلس الدولة . ومن بين التنظيمات التى تدخل فى كل نقابة هيئات قضائية تشكل اما لاجراء التطهير المهنى كما حدث بعد الحرب العظمى الثانية واما لاجراء المحاكمات التأديبية . هذه الهيئات تعتبر هيئات قضائية منتخبة : هى قضائية لأنها تقوم بعمل من نفس العمل الذى يقوم به القاضى وبنفس الاجراءات والمرافعات والضمانات وهى منتخبة من أعضاء المهنة أنفسهم فهى أذن قضائية منتخبة) .

١٠٠ــ (٢) أما عن شرطى الصفة والأهلية فهما فى الواقع يخضعان لنفس القواعد السارية فى حالة الطعن بالالغاء . وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى على أن الوزراء وحدهم هم الذين لهم صفة ليرفعوا لمجلس الدولة الطعون الخاصة بوزاراتهم ، الا اذا جاء القانون بنص خاص يفوض بعض الموظفين فى ذلك(١) هذا مع عدم الاخلال بقواعد التفويض الادارية La délégation .

١٠١ــ (٣) ويجب أن يتوافر فى الطاعن شرط المصلحة أى يجب أن يكون له مصلحة شخصية فى تقديم الطعن بالنقض تتلخص فى أنه لو قبل الطعن شكلا وموضوعا لوضع الطاعن فى مركز قانونى أحسن من مركزه الحالى قبل الطعن . . . (أنظر حكم مجلس الدولة فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ فى قضية Etablissements Bichert et fils مجموعة الأحكام ص٩٤١ حيث قال المجلس فى رفضه بقبول الطعن : من حيث أن الشركة مقدمة الطعن لم تبرر وجود أى مصلحة شخصية فى حصولها على التخفيض المطلوب ... اذن رفض الطعن) .

ويلاحظ أن نطاق الذين لهم مصلحة فى الطعن فى حكم ادارى نهائى بالنقض أضيق بكثير من نطاق أولئك الذين يستطيعون الطعن فى قرار ادارى بالالغاء . وهذا فارق يضاف الى الفوارق الكثيرة الأخرى التى مازال الطعن بالنقض يتميز بها فى فرنسا عن الطعن بالالغاء .

---

(١) أنظر De Font - Réaulx المرجع السابق . ص ١٤٠ .

١٠٢– تنص المادة ١٥ من قانون مجلس الدولة المصرى على أن لرئيس هيئة مفوضى الدولة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ذوى الشأن ان رأى الرئيس المذكور وجها لذلك ، أن يطعن أمام المحكمة الادارية فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى أو المحاكم الادارية وذلك فى أحوال حددتها .

فطبقاً لهذا النص الصريح يكون حق رفع الطعن بالنقض قاصرا على رئيس هيئة مفوضى الدولة برفعه اما من تلقاء نفسه اذا وجد أن الحكم الصادر من المحاكم الادارية أو من محكمة القضاء الادارى تشوبه حالة من حالات البطلان التى عددتها المادة ١٥ ، واما بناء على طلب ذوى الشأن وله فى هذه الحالة مطلق الحرية فى أن يجيبهم الى ما طلبوا أو برفض الاستجابة الى ذلك دون أن يكون لهم أى وسيلة قانونية لاعادة النظر فيما رأى .

١٠٣– ولعل القانون اذ منح رئيس هيئة المفوضين هذه السلطة قد رأى وجوب جعلها قاصرة عليه ، أو على الأقل جعله صاحب الكلمة الأخيرة فى جواز رفع الطعن وذلك ليضمن عدم اساءة استعمال هذا الطعن برفعه فى كل حالة ترفض فيها المحاكم الادارية طلبا لصاحب الشأن . ولو ترك الأمر حرا للمتقاضين فلا ريب أن عددا ضخما من الأحكام سوف يرفع الى المحكمة العليا – الى الحد الذى تزدحم به المحكمة ويعوق مهمة الفصل السريع – دون أن يكون هنالك مبرر جدى للطعن ولمجرد رغبة المتقاضى فى استنفاذ كل درجات التقاضى عله ينال ما أعتقد أنه حق له .

فرئيس هيئة المفوضين ، وان كان لا معقب على رأيه ، الا أننا نعتقد أنه لن يكون فى رفضه أو قبوله لطلب ذوى الشأن سائرا على غير هدى ، وانما يقوده فى ذلك ما يستقر عليه قضاء المحكمة العليا من مبادىء وما تقرره من قواعد قانونية .

واننا اذ نؤيد هذا المسلك ، لنرى أنه كان من المستحسن أن يباح الطعن لذوى الشأن يقدمونه مباشرة الى المحكمة العليا مع النص على جواز توقيع عقوبة مالية عليهم فى حالة عدم قيام الطعن على أى أساس جدى ، وهذا

أحفظ للعدالة ، وأفعل فى عدم المغالاة فى استعمال هذا الطريق من طرق الطعن فتتحقق بذلك مصلحة المتقاضين التى تقضى أن يباح لهم بعض طرق الطعن فى الأحكام ليستطيعوا ملافاة ما قد يقع فيها من خطأ فى التقدير ، ومصلحة العدالة الادارية ذاتها بعدم الاسراف فى الطعن فى الأحكام طعنا على غير أساس جدى .

المبحث الثالث

قواعد الشكل والمدة

§ ١ فى فرنسا

١٠٤ــ هذا نطاق آخر يتضح فيه بعض الفروق بين الطعن بالالغاء والطعن بالنقض فى فرنسا .

فقد كان الطعن بالنقض ــ منذ مرسوم ٢ نوفمبر سنة ١٨٦٤ ــ كالطعن بالالغاء من حيث اعفائه من الرسوم ومن تقديمه بواسطة محام . فكان كلاهما يقدم بلا رسوم وبغير الزام للطاعن بأن يلجأ الى وساطة محام مقيد أمام مجلس الدولة . ولكن حدث منذ سنة ١٩٥٣ أن جاء المشرع الفرنسى فى المادة الثانية من المرسوم الصادر فى ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٥٣ بتعديل ، أصبح الطعن بالنقض ــ طبقاً له ــ لا يقدم الى مجلس الدولة الا بواسطة محام بينما ظل الطعن بالالغاء كما هو يمكن تقديمه دون محام .

١٠٥ــ ويجب أن يكون الطلب (أى صحيفة الدعوى) مسببا ، ويعتبر الطلب غير المسبب غير مقبول اطلاقا . هذا مع مراعاة القواعد العامة فى المرافعات التى تخول للطاعن أن يقدم بعد صحيفة الدعوى مذكرة شارحة . وعلى أى حال فلا يجوز أن يشمل الطعن بالنقض سوى طلب الغاء الحكم المطعون فيه أى لايجب أن يشمل طلبات أخرى كالتعويض مثلا . وسوف نزيد هذه القاعدة الأخيرة ايضاحا فيما بعد .

١٠٦ــ أما عن ميعاد الطعن بالنقض فهو شهران وتكاد تكون هذه المدة هى المدة العادية فى القانون الادارى فنراها فى الطعن بالالغاء والطعن بالاستئناف والمعارضة أمام المحاكم الادارية والطعن بتصحيح الخطأ المادى .

وكقاعدة عامة تسرى هذه المدة من تاريخ اعلان الحكم الذى يراد الطعن فيه . ونقول كقاعدة عامة لأن لها عدة استثناءات فمثلا قرارات لجنة التقسيم العقارى تتمتع بحجية مطلقة أى بالنسبة للكافة Erga omnes وهى تكون محلا لا لأعلان فردى ولكن للتعليق واللصق فى البلدة الكائن فى دائرتها العقار . وهذا اللصق هو الذى يعتبر كبداية لسريان مدة الشهرين وأيضا هنالك استثناء بالنسبة لقرارات «مجلس المراجعة» Conseils de révision حيث يلزم أصحاب الشأن بأن يكونوا حاضرين أو على الأقل ممثلين فى الجلسة ويسرى ميعاد الطعن فى قرارات هذا المجلس ابتداء من يوم اصدار القرار نفسه .

٢ § فى مصر

١٠٧— طبقاً لنص المادة ١٥ من قانون مجلس الدولة يجب رفع الطعن خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه ، وقد قالت المحكمة العليا بهذا الصدد « أن م ٧٤ من قانون مجلس الدولة تقضى بتطبيق الاجراءات المنصوص عليها فى هذا القانون ، وبتطبيق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص ، كما توجب المادة ١٥ من القانون المشار اليه رفع الطعن الى المحكمة الادارية العليا خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه . ومفاد المادة ٢٠ من قانون المرافعات ألا يحسب فى الميعاد يوم صدور الحكم المطلوب رفع الطعن عنه وأن ينقضى الميعاد بانقضاء اليوم الأخير » (حكمها فى الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ١ قضائية فى جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥) ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم الا اذا أمرت المحكمة بذلك .

١٠٨— ويسرى فى شأن الطعن بالنقض عموم نص المادة ٢٠ من حيث وجوب تقديمه بواسطة محام مقيد بجدول المحامين المقيدين أمام المجلس اذ تنص تلك المادة الواردة فى باب الاجراءات على أن « كل طلب يرفع الى لس الدولة يجب أن يقدم الى سكرتيرية المحكمة المختصة بعريضة موقعة من محام مقيد بجدول المحامين المقبولين أمام المجلس » .

١٠٩ـ ويجب أن يكون ذلك الطلب مسببا ، يحتوى على أسباب الطعن بالنقض ، ولكن هذه القاعدة تفقد الكثير من أهميتها نظرا لما قررته المحكمة الادارية العليا من أن رئيس هيئة المفوضين غير مقيد بالأسباب التى أبداها فى عريضة الدعوى وانما يجوز له أن يبدى أسبابا جديدة اذا رأى لذلك مقتضى من القانون وحسن تطبيقه ، بل وذهبت المحكمة الى أبعد من ذلك اذ استقر قضاؤها على أنها غير مقيدة بالأسباب التى يبديها رئيس هيئة المفوضين فى طعنه كما أنها لاتتقيد بطلباته وانما تتمتع بمطلق الحرية فى بسط رقابتها القانونية لتتمكن من انزال الحكم الصحيح لمبادىء القانون فيما يعرض عليها من قضاء . وقد قالت المحكمة العليا فى ذلك :

« ومن حيث أن رئيس هيئة المفوضين قد اقتصر فى أسباب طعنه على النقطة الأخيرة دون الأولى الا أن الطعن أمام المحكمة يفتح الباب أمام تلك المحكمة لتزن الحكم المطعون فيه بميزان القانون وزنا مناطه استظهار ما اذا كانت قد قامت به حالة أو أكثر من الأحوال التى تعيبه والمنصوص عليها فى المادة ١٥ من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فى شأن تنظيم مجلس الدولة فتلغيه ثم تنزل حكم القانون فى المنازعة أم أنه لم تقم به أية حالة من تلك الأحوال فكان صائبا فى قضائه فتبقى عليه وترفض الطعن ، ولما كان الطعن قد قام على حكمة تشريعية تتعلق بالمصلحة العامة كشفت عنها المذكرة الايضاحية للقانون المشار اليه باعتبار أن رأى هيئة المفوضين تتمثل فيه الحيدة لصالح القانون وحده الذى يجب أن تكون كلمته هى العليا فان لهذه الهيئة أن تتقدم بطلبات أو أسباب جديدة غير تلك التى أبدتها فى عريضة الطعن ما دامت ترى فى ذلك وجه المصلحة العامة بانزال حكم القانون على هذا الوجه غير مقيدة بطلبات الهيئة أو الأسباب التى تبديها وانما المرد الى مبدأ المشروعية نزولا على سيادة القانون فى روابط هى من روابط القانون العام تختلف فى طبيعتها عن روابط القانون الخاص»[١]

---

(١) حكم المحكمة العليا فى الطعن رقم ١١١ لسنة ١ قضائية بجلسة ١٩ نوفمبر ١٩٥٥ . وفى الطعن رقم ٢٩ لسنة ١ قضائية بجلسة ١٢ نوفمبر ١٩٥٥ .

الفصل الثانى

أحوال الطعن بالنقض

١١٠ـ تنص المادة ١٥ من قانون مجلس الدولة المصرى على جواز الطعن بالنقض فى ثلاثة أحوال :

(١) اذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة للقانون أو الخطأ فى تطبيقه أو تأويله .

(٢) اذا وقع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الاجراءات أثر فى الحكم .

(٣) اذا صدر الحكم خلافا لحكم سابق حاز قوة الشىء المقضى به سواء دفع بهذا الدفع أو لم يدفع .

أما فى فرنسا فان الفقه والقضاء قد استقر الآن على أن الطعن بالنقض يجوز فى الثلاثة الأحوال الآتية :

(١) حالة عدم الاختصاص L'incompétence .

(٢) حالة وجود عيب فى الشكل Vice de formes .

(٣) حالة مخالفة القانون La violation de la loi .

ونحن اذا استعرضنا الأحوال التى جاء بها المشرع المصرى لوجدناها تنطبق على الأحوال الثلاثة الفرنسية . فمثلا حالة وقوع « بطلان فى الحكم أو فى الاجراءات أثر فى الحكم» ما هى الا العيب فى الشكل Vice de formes وأما الحالة الأولى المنصوص عليها فى م ١٥ فما هى الا حالة مخالفة القانون La violation de la loi التى يعالج الفقه الفرنسى تحتها حالة مخالفة حجية الشىء المقضى به . وبذلك يشمل عيب مخالفة القانون الحالة الأولى والثالثة من المادة ١٥ ، ويظل لدينا عيب عدم الاختصاص : فان هذا العيب لم تتناوله المادة ١٥ ، فهل معنى هذا أنه لا يجوز الطعن بالنقض استنادا الى هذا العيب ؟ الواقع ان الأحكام الادارية الوحيدة التى يجوز الطعن فيها بالنقض هى الأحكام الصادرة من المحاكم الادارية ومحكمة القضاء الادارى ، واختصاص هذه المحاكم محدد بنصوص القانون ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ أى أنه

اذا شاب عيب عدم الاختصاص أحكام هذه المحاكم أمكن الطعن فيها بناء على أن الحكم قد بنى على مخالفة القانون (م ١٥ حالة أولى) وبذلك نخلص الى القول أن هذه الحالة الأخيرة - حالة عدم الاختصاص - انما توجد أيضا فى القانون المصرى ورغبة فى زيادة الايضاح فسنعالجها كما فى فرنسا على أنها حالة مستقلة .

١١١- وعلى هذا الأساس سوف نعالج فيما يلى فى مباحث ثلاثة العيوب الثلاث التى ان شابت ، أو شاب أحدها ، حكما اداريا نهائيا جاز الطعن فيه بالنقض وهى :

(١) عيب عدم الاختصاص .

(٢) عيب فى الشكل .

(٣) عيب مخالفة القانون ، ثم نستعرض فى مبحث رابع امكان وجود عيب الانحراف بالسلطة Le detournement du pouvoir فى فرنسا ومصر .

١١٢- وقبل أن نبدأ فى استعراض هذه العيوب الأربع يحسن بنا أن نذكر أن عيب مخالفة القانون لم يعترف به فى فرنسا كسبب يؤدى الى النقض الا نتيجة لتطور حديث منذ الحرب العظمى الأولى اذ نصت عليه القوانين العديدة التى نظمت الكثير من الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى ، وقد تفاعل هذا الاعتبار مع اعتبارات التطور العام للقضاء الادارى فأدى بمجلس الدولة الفرنسى الى قبول عيب مخالفة القانون كوسيلة تؤدى الى نقض الحكم حتى ولم لو يكن هنالك نص خاص يقضى بذلك[1] .

ولكن ما أن اعترف بهذا العيب - عيب مخالفة القانون - حتى ثارت فى الفقه مشكلة أخرى وهى هل من الممكن ارجاع جميع حالات الطعن الى هذا العيب ؟ الواقع أن ذلك قد بدأ مقبولا من جانب الفقهاء الذين يتعرضون للكتابة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ولكنه لم يبد كذلك فى فقه القانون الادارى ذلك لأنه مثلا من غير الممكن اعتبار كل مخالفة

---

(١) De Font-Réanlx المرجع السابق ص ١٥٧ وما بعدها .

لأية قاعدة شكلية جاء بها القانون وسيلة للطعن بالنقض[1] فضلا عن أن المرافعات الادارية تشمل الى جانب القواعد المكتوبة التى جاء بها القانون عددا لا بأس به من القواعد غير المكتوبة والتى تؤدى مخالفتها الى الطعن بالنقض[2] . وكذلك الحال فيما يتعلق بعيب عدم الاختصاص : فانه وان كان الاختصاص محددا دائما بقانون ومخالفة قواعد الاختصاص دائما تعتبر « مخالفة للقانون » الا أنه عملا يجب تمييزه عن عيب مخالفة القانون وذلك لما يحمله من آثار أكثر أهمية ووضوحا[3].

ونرى لزاما علينا قبل أن نمضى فى دراسة ما سبق ، أن ندرس فى مبحث أول شروط قبول أسباب البطلان .

المبحث الأول
شروط قبول أسباب البطلان
١ § فى فرنسا

١١٣ــ أيا كان السبب الذى يستند اليه الطاعن فى طعنه بالنقض سواء كان هو عدم الاختصاص أو مخالفة قواعد الشكل أو مخالفة القانون فانه لا يكون مقبولا recevable أمام مجلس الدولة ــ كقاضى نقض ــ الا بشرطين :

(أولا) أن ينصب على القانون وليس على الوقائع .

(ثانيا) ألا يثير الا مسائل سبقت اثارتها أمام قاضى الموضوع الا أن يتعلق الأمر بالنظام العام الذى كان واجبا على قاضى الموضوع اثارته من تلقاء نفسه أو يتعلق الأمر بعيوب شابت حكم قاضى الموضوع وهى عيوب ما كان من الممكن بطبيعة الحال اثارتها لأول مرة أمام قاضى

(١) De Font - Réaulx : المرجع السابق ص ١٦٠ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

الموضوع . وهذه المبادىء الفنية قد أخذها مجلس الدولة الفرنسى عن محكمة النقض الفرنسية وهى مبادىء تمليها طبيعة النقض ، وكون القضية قد نظرت قبل ذلك أمام قضاة الموضوع .

١١٤– أولا : يجب أن تنصب أسباب النقض على القانون ، فلا يجوز أن تنصب على الغلط فى الحقيقة . والواقع أن التفرقة بين القانون والواقع فى هذا الشأن مسألة دقيقة وصعبة ، سيما أن مجلس الدولة قد وصل فى تطور قضائه الى أكثر مما وصلت اليه محكمة النقض التى أخذ منها الكثير من الأصول الفنية لقضاء النقض . وسنناقش هذه المسألة فيما بعد بصدد الحالة الثالثة من أحوال الطعن بالنقض وأعنى بها حالة مخالفة القانون .

١١٥– ثانيا : لا يجوز أن يقدم الى مجلس الدولة – كقاضى نقض – أية وسيلة دفاع جديدة لم يسبق تقديمها أمام قضاة الموضوع ، بل ولا يجوز أن يقدم له أى طلبات جديدة ، بل وأكثر من هذا فان الطلب الوحيد الذى يجوز تقديمه لقاضى النقض الادارى هو نقض الحكم المطعون فيه فمن غير الممكن مثلا أن يقدم له أى طلب من الطلبات التى ينظرها القاضى الادارى المتمتع بولاية القضاء الكامل Le juge de pleine juridiction كالحكم مثلا بالتعويض .

هذه المبادىء انما هى نتيجة منطقية لنظام النقض الذى يختلف بطبيعته عن الطعن بالالغاء . وان طبيعة نظام النقض لتجعل من مهمة قاضيه مهمة قاصرة على التحقق من مدى صحة تطبيق المبادىء القانونية فى حكم قضاة الموضوع ولكى نحكم على حكم ما بأنه أصاب فى تطبيقه للقانون أم أخطأ يجب أن يكون ذلك بالنسبة الى ما وضع تحت نظر القضاة الذين أصدروه من وسائل الدفاع .

ويلاحظ أنه وان كان من غير المقبول أن يقدم الخصوم الى قاضى النقض وسائل دفاع جديدة ، فانهم لاشك يستطيعون أن يقدموا حججا جديدة تؤيد وجهة نظرهم ، اذ من المفهوم أن القاضى يعرف القانون ، وأن الخصوم ليسوا مجبرين على تقديم شرح كامل للمبادىء التى يتمسكون بها ويعتمدون عليها كما أنه من المفهوم أن التمسك بوسيلة دفاع معينة انما يتضمن التمسك بكل الحجج القانونية التى تؤيدها .

١١٦– وهنالك استثناءان لهذه القاعدة[١]. نعتقد نحن أنهما فى الواقع استثناءان ظاهريان أكثر منهما حقيقيان .

فالاستثناء الأول : خاص بوسائل الدفاع المتعلقة بالدفاع العام ، فهذه يمكن اثارتها لأول مرة أمام قاضى النقض ، والواقع أن عدم الأخذ بها انما يمثل خطأ ارتكبه قضاة الموضوع اذ كان من الواجب عليهم أن يثيروها من تلقاء أنفسهم فهى تطبيق للقواعد السابقة وليست استثناء لها . ولهذا فقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسى على أن وسائل الدفاع هذه المتعلقة بالنظام العام لا يمكن اثارتها لأول مرة أمام قاضى النقض الا اذا كانت الوثائق التى ترتكز عليها قد وضعت تحت نظر قضاة الموضوع فى دوسيه القضية[٢] .

والاستثناء الثانى : متعلق بالعيوب التى تشوب الحكم المطعون فيه ، كالقصور فى التسبيب مثلا ، وهذه يمكن اثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض . وهذا الاستثناء ظاهرى أكثر منه حقيقى اذ أن الطاعن ماكان فى استطاعته أن يفعل غير ذلك أعنى أنه لم يكن فى وسعه بطبيعة الحال الا أن يطعن فى حكم قاضى الموضوع أمام نفس القضاة الذين أصدروه لمخالفة ذلك لمبدأ حجية الشىء المحكوم به .

١١٧– والواقع أنه يحسن بنا أن نوضح حقيقة هامة هى أن مجلس الدولة الفرنسى قد استأنس فى قضائه – كمحكمة نقض ادارية – بالكثير من الأصول الفنية للنقض التى سبق أن قررتها محكمة النقض الفرنسية فى رقابتها للمحاكم القضائية . وقد دفع المجلس الى هذا ما نجحت محكمة النقض فى تكوينه خلال الأعوام الطويلة الماضية من مبادىء فنية فى هذا الشأن سبقت به – تاريخيا – مجلس الدولة الذى يعتبر حديث العهد نسبيا بهذا النوع من القضاء .

---

(١) De Font - Réaulx : المرجع السابق ص ١٦٤ وما بعدها .

(٢) أنظر حكمى مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٧ يناير ١٩٢٦ فى قضية Meynier فى مجموعة الأحكام ص ٩٣ ، وفى ٦ يناير ١٩٢٨ فى قضية Grainetier فى سيرى ١٩٢٨–٣–٤٠

وانه وإن كانت تلك الأصول الفنية قد انتقلت من بيئة الى بيئة ، فليس معنى هذا أنها انتقلت كما هي دون تغيير ، بل كان لابد أن تتأقلم بالبيئة الجديدة ، تتأقلم بالنظام القانونى الجديد ، نظام القضاء الادارى ومجلس الدولة « بسياسته القضائية » وطريقته البريتورية فى الخلق حيث لا نص ، وفى تفسير النصوص — عند وجودها — بما يتلاءم مع سياسته ، فكان من الطبيعي أن تتأثر تلك الأصول الفنية فى النقض بأصول فنية أخرى فى البيئة الجديدة وهى الخاصة بالطعن بتجاوز السلطة Le recours pour excés de pouvoir أى الطعن بالالغاء Le recours en annulation .

٢ § فى مصر

١١٨ — أما مجلس الدولة المصرى — أعنى المحكمة الادارية العليا فيه — فقد ذهب فى الخلق والابتداع الى أكثر مما وصل اليه زميله فى فرنسا : فانه وان كان قد استعار بعض الأصول الفنية فى النقض المدنى الا أنه قد طبع النقض الادارى بطابع جديد يختلف كثيرا جدا عن الطابع الذى يتميز به النقض الادارى فى فرنسا .

ولأن كان الطعن بالالغاء قد أثر فى بعض الأحيان على الطعن بالنقض فى فرنسا ، فانه فى مصر أبعد أثرا وأوضح تأثيرا ، الى الحد الذى دعانا — ونحن الذى نرى أن الطعن بالنقض فى فرنسا مازال يتميز عن الطعن بالالغاء — الى القول بأن الطعن بالنقض طبقاً لقضاء المحكمة الادارية العليا ما هو الا طعن بالإلغاء لايميزه سوى أنه يوجه الى حكم نهائى لا الى قرار ادارى ، وليس أدل على ذلك مما قررته المحكمة العليا فيما نحن بصدده من شروط قبول أسباب البطلان .

١١٩ — فقد أباح المجلس لهيئة المفوضين أن تتقدم بأسباب جديدة للطعن غير تلك التى أبدتها فى تقريرها بالطعن ، حتى ولو لم تكن متعلقة بالنظام العام ، استنادا على عدم وجود نص مقابل لنص المادة ٢/٤٢٩ من قانون المرافعات التى تقول : « يحصل الطعن بتقرير يكتب فى قلم كتاب محكمة النقض ويوقعه المحامى المقبول أمامها الموكل عن الطالب . ويشمل التقرير — علاوة على البيانات العامة المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم — على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه وبيان بالأسباب التى بنى عليها الطعن وطلبات الطاعن ، فاذا لم يحصل الطعن على هذا الوجه كان باطلا وحكمت المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه .

ولا يجوز التمسك بعد ذلك بسبب من أسباب الطعن غير التي ذكرت في التقرير ، ومع ذلك فالأسباب المبنية على النظام العام يمكن التمسك بها في أي وقت . وللمحكمة أن تأخذ بها من تلقاء نفسها » .

فهذا النص المانع لم يردده القانون المنظم لمجلس الدولة (رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥) ولا يجوز الأخذ به تطبيقاً لنص المادة ٧٤ من قانون المجلس وذلك لتعارضه مع مبادئ الاجراءات الواردة فيه وعلى الأخص مع نص المادة ٣٠ التي تقول : « ... ولا تقبل المحكمة أي دفع أو طلب أو أوراق مما كان يلزم تقديمه قبل احالة القضية الى الجلسة الا اذا ثبت لها أن أسباب ذلك الدفع أو الطلب أو تقديم تلك الورقة طرأت بعد الاحالة أو كان الطالب يجهلها عند الاحالة . ومع ذلك اذا رأت المحكمة تحقيقاً للعدالة قبول دفع أو طلب أو ورقة جديدة جاز لها ذلك مع جواز الحكم على الطرف الذي وقع منه الاهمال بغرامة لا تجاوز ألف قرش يجوز منحها للطرف الآخر . على أن الدفوع والأسباب المتعلقة بالنظام العام يجوز ابداؤها في أي وقت كما يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها » .

وقد استندت المحكمة العليا على هذا النص ، لتجيز قبول الأسباب الجديدة حتى تحال القضية الى الجلسة بل وحتى بعد احالتها . وقد قالت المحكمة الادارية العليا في ذلك[1] : « ومن حيث أن عدم جواز ابداء أسباب جديدة للطعن غير التي ذكرت في التقرير الا ما كان متعلقاً منها بالنظام العام مرده في النقض المدني الى الفقرة الثانية من المادة ٤٢٦ من قانون المرافعات . وهذا الحظر لم يردده القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ عن الطعن الاداري فوجب أن يخضع في هذا الخصوص للأحكام الواردة في الفصل الثالث من الباب الأول من هذا القانون الخاص بالاجراءات أمام القسم القضائي والمحكمة الادارية العليا من بين فروعه ، وهي تسمح بذلك في المواعيد المقررة لحين احالة القضية الى الجلسة ، وقد تسمح به المحكمة حتى بعد الاحالة على حسب المبين بالمادة ٣٠ من القانون المشار اليه » .

(١) حكم المحكمة العليا في الطعن رقم ١٥٩ لسنة ١ قضائية بجلسة ٥ نوفمبر ١٩٥٥ .

وقد استندت المحكمة الى جانب هذه الاعتبارات المتعلقة بالنصوص على اعتبارات المصلحة العامة التى تتلخص فى انزال حكم القانون على الوجه الصحيح فى المنازعة الادارية(١) ، ليستقر قضاؤها على جواز ابداء أسباب جديدة غير التى جاءت فى التقرير بالطعن حتى ولو لم تكن متعلقة بالنظام العام .

١٢٠ـ وأما عن التفرقة بين القانون والواقع فقد عالجها المجلس بشكل طريف وسع به رقابته : فقد أبانت المحكمة الادارية العليا أن الأمر ــ بالنسبة لقاضى الالغاء مثلا ــ انما يتعلق أولا وأخيرا بتطبيق القانون ، وانزال حكمه على القرار الادارى ، فرقابة محكمة الموضوع ليست سوى رقابة قانونية اذ أن واجبها يتلخص فى بحث عناصر القرار الادارى ومعرفة ما اذا كانت مطابقة أم لا للقواعد القانونية الواجبة التطبيق ، فان وجدت أن القرار الادارى قد توافرت له من العناصر ما يجب توافره طبقا للقانون حكمت برفض الطعن الموجه ضده ، والا قضت بالغائه .

هذه الرقابة القانونية نجدها بذاتها فى أحكام المحكمة العليا ــ كقاضى نقض ــ فمهمتها هى السهر على حسن تطبيق القانون ، وعليها أن تتحقق مما اذا كان الحكم المطعون فيه قد طبق القانون تطبيقاً صحيحا ، والسبيل الى ذلك هو بحث القرار الادارى لمعرفة مطابقته أو مخالفته للقواعد القانونية الواجبة التطبيق ، ثم بحث الحكم المطعون فيه لترى مدى احساسه بموافقة القرار للقانون أو مخالفته له ، فرقابة المحكمة العليا اذن هى رقابة قانونية من نفس طبيعة الرقابة القانونية التى تتمتع بها محكمة الموضوع ، فليست لهذه المحكمة الأخيرة والحالة هذه ، سلطة تقصر عنها سلطة المحكمة الادارية العليا ، فالسلطتان اذن متماثلتان طبيعة وان اختلفتا مرتبة(٢).

---

(١) أنظر أحكام المحكمة العليا فى الطعن رقم ١١١ لسنة ١ قضائية بجلسة ١٩ نوفبر ١٩٥٠ ، فى الطعن رقم ١٨٩ لسنة ١ قضائية بجلسة ١٩ نوفبر ١٩٥٥ ، فى الطعن رقم ٢٩ لسنة ١ قضائية بجلسة ١٢ نوفبر ١٩٥٠ .

(٢) أنظر حكمى المحكمة العليا فى الطعن رقم ٢٠ لسنة ٢ قضائية جلسة ٥ نوفبر ١٩٥٥ ، الطعن رقم ١٥٩ لسنة ١ قضائية بجلسة ٥ نوفبر ١٩٥٥ .

وخلاصة القول : ان المحكمة العليا لاترى — فى صدد رقابتها كمحكمة نقض ادارية — تفرقة بين الواقع والقانون ، وان الأمر انما يتعلق أولا وأخيرا بتطبيق القانون : يتعلق أولا بالنسبة لمحكمة الموضوع بتطبيق القانون ، ويتعلق أخيرا بالنسبة للمحكمة الادارية العليا بتطبيق القانون .

ونحن من ناحيتنا نرحب كثيرا بهذا الابتداع غير المسبوق من جانب المحكمة العليا ، اذ أن مقتضاه توسيع رقابتها القضائية بشكل لم يألفه مجلس الدولة الفرنسى وهو يزاول رقابته كقاضى نقض . ولعل المحكمة العليا قد أحست بضيق طرق الطعن لدينا — لعدم وجود الطعن بالاستئناف — الذى يفتح ضد مثل هذه الأحكام فى فرنسا .

١٢١ — أما عن الطلبات الجديدة : فالأمر الذى لاشك فيه أن رئيس هيئة المفوضين لايستطيع فى طعنه بالنقض أن يطلب للمدعى أكثر مما طلبه ، فاذا كان المدعى قد طلب ارجاع أقدميته فى درجة معينة الى تاريخ معين ، فلا يجوز — فى اعتقادنا — لرئيس هيئة المفوضين أن يطلب ارجاع المدعى فى أقدميته الى تاريخ أسبق مما يدعيه ، حتى ولو كان ذلك هو الحكم الصحيح لقواعد القانون ، لأن هيئة المفوضين ليست مكتب استشارات قانونية لخدمة الخصم الذى يجهل ما له من حقوق قبل الادارة .

١٢٢ — على أنه يجوز لهيئة المفوضين أن تتقدم بطلبات جديدة غير التى أبدتها : فاذا كانت قد طلبت الغاء جزء من الحكم فلها أن تطلب بعد ذلك نقض الحكم كله ، بل وأكثر من هذا ، فان المحكمة ليست مقيدة بطلبات الهيئة أو الأسباب التى تبديها فمثلا لو طلبت الهيئة الغاءاً جزئيا للحكم المطعون فيه بناء على عيب مخالفة القانون فللمحكمة أن تلغى الحكم كله بناء على مخالفة قواعد الشكل أو عيب عدم الاختصاص .

ولكننا نرى أنه وان كانت المحكمة غير مقيدة بطلبات هيئة المفوضين فانها مقيدة جدا بطلبات المدعى فلا يجوز أن تحكم بأكثر مما طلب حتى ولو كانت ترى أن المدعى لم يطلب كل ما خول له القانون ، والا كان حكمها معيبا .

المبحث الثانى

حالة عدم الاختصاص

١٢٣ــ يكون الحكم مشوبا بعيب عدم الاختصاص اذا صدر من محكمة لم تمنحها القانون سلطة أصداره ، أى اذا صدر من محكمة غير قادرة قانونيا على اصداره .

وعدم الاختصاص اما أن يكون مطلقاً L'incompétence absolue واما أن يكون نسبيا relative .

١٢٤ــ ويندرج تحت عدم الاختصاص المطلق نوعان :

(١) عدم الاختصاص المتعلق بالوظيفة .

(٢) عدم الاختصاص النوعى .

فمثلا حدد القانون اختصاص كل جهة قضائية : فيختص القضاء الادارى بالمنازعات الادارية بينما تختص القضاء العادى بالفصل فى المواد المدنية والتجارية والجنائية والآن بعد توحيد القضاء بالأحوال الشخصية ، فاذا أصدرت محكمة ادارية حكما فى المنازعات التجارية أو فى المواد الجنائية خالفت بذلك قواعد الاختصاص المتعلق بالوظيفة .

أما اذا فصلت محكمة ادارية فى بعض المنازعات الادارية التى تدخل بحكم القانون فى اختصاص محكمة القضاء الادارى فانها بذلك تنتهك قواعد الاختصاص النوعى .

١٢٥ــ أما عدم الاختصاص النسبى L'incompétence relative فيندرج تحته مخالفة قواعد الاختصاص المحلى أى القواعد التى تبين اختصاص كل محكمة من محاكم الطبقة الواحدة بالنسبة الى جزء معين من الاقليم أو بالنسبة لوزارة أو مصلحة معينة كما هو الحال فى مصر بالنسبة للمحاكم الادارية فاذا حكمت محكمة ادارية باختصاصها فى قضية موظف يعمل فى وزارة تابعة لمحكمة ادارية أخرى فانها تنتهك بذلك قواعد الاختصاص النسبى .

١٢٦ــ وعدم الاختصاص ، كما يمكن تقسيمه الى مطلق ونسبى ، فانه يقسم أيضا الى ايجابى وسلبى . وعدم الاختصاص اذا كان مطلقاً أو نسبيا ، ايجابيا أو سلبياً فانه ــ اذا شاب الحكم ــ يصلح كسبب للطعن

بالنقض وكذلك الحال فيما يتعلق بالفصل فى المسائل السابقة على الفصل فى الدعوى question préjudicielle والضرورية لذلك الفصل ، فاذا فصلت فيها محكمة ادارية ، أو اذا أحالت الخصوم الى القضاء العادى للفصل فى مسألة تعتقد هى خطأ أنها من المسائل الضرورية ، السابقة على الفصل فى الدعوى question pejudicielle بينما هى فى الواقع ليست كذلك ، فان حكم المحكمة الادارية ينتهك بذلك قواعد الاختصاص المتعلق بالوظيفة أى يشوبه عدم اختصاص مطلق incompétence absolue .

١٢٧ــ ولكن ما مدى تعلق قواعد الاختصاص هذه بالنظام العام ؟ من المبادىء المسلم بها فى قانون المرافعات المصرى ان قواعد الاختصاص المحلى ــ على خلاف قواعد الاختصاص المتعلق بالوظيفة والاختصاص النوعى لا تتعلق بالنظام العام . ونحن ، مع الكثيرين من رجال الفقه الفرنسى[١] لا يمكننا التسليم بهذا الرأى فى القانون الادارى . ونعتقد أن جميع قواعد الاختصاص التى جاء بها أخيرا قانون مجلس الدولة المصرى انما تتعلق بالنظام العام . واننا لنستند فى القول بهذا الرأى ــ فضلا عن آراء الكثير من الفقهاء ــ الى ما يقرره مجلس الدولة الفرنسى بصدد عدم الاختصاص كعيب يبيح الطعن بالالغاء من أن جميع القواعد سواء منها قواعد الاختصاص المطلق أو النسبى انما تتعلق بالنظام العام ومخالفة أى نوع منها انما تؤدى حتما الى الالغاء[٢] .

المبحث الثالث

مخالفة قواعد الشكل

١٢٨ــ تنص م ١٥ من قانون مجلس الدولة المصرى على أنه يجوز الطعن بالنقض ... (٢) اذا وقع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الاجراءات أثر فى الحكم . والواقع أن الحال فيما يتعلق بهذا العيب ، أى عيب مخالفة قواعد الشكل يختلف فى مصر عنه فى فرنسا .

---

(١) أنظر على الأخص De Font-Réaulx المرجع السابق ص ١٦٨ .

(٢) دويز وديبير فقرة ٥٧١ ، ص ٣٨٥ ؛ فالين : الطبعة السادسة ص ١٣٦ ؛ دىلوبادير نبذة ٦٦٤ ص ٣٨٣ .

ففى فرنسا : يوجد طريقان للطعن عند مخالفة قواعد الشكل :

(أولها) طريق الالتماس باعادة النظر حيث يكون هذا العيب الحالة الثالثة والأخيرة التى يجوز فيها الطعن بالالتماس .

(وثانيهما) طريق الطعن بالنقض .

وهذان الطريقان لا يجوز استعمالهما معا للطعن فى نفس العيوب ولهذا فانه من اللازم – فى فرنسا – أن يحدد نطاق كل من الطعنين اذ أنه من المبادىء المسلم بها هنالك أنه لايجوز أن يطعن بالنقض فى نفس العيوب التى ان شابت الحكم أجازت الطعن فيه بالالتماس[1].

أما فى مصر فان الأحوال السبعة التى جاء بها قانون المرافعات م ٤١٧ والتى يمكن فيها الطعن فى الأحكام الادارية النهائية بالتماس اعادة النظر ليس بينها مخالفة قواعد الشكل . ومن ثم يكون نطاق الطعن بالنقض بالنسبة لهذا العيب فى مصر أكبر منه فى فرنسا نظرا لانه يشمل فى مصر ما يجب أن يطعن فيه هنالك بالطعن بالنقض والطعن بالالتماس باعادة النظر .

١٢٩– فاذا فرغنا من هذا انتقلنا الى تساؤل جديد : هل تؤدى مخالفة أى قاعدة من قواعد الشكل الى الطعن بالنقض ، وهل يمكن أن يسلم فى المرافعات الادارية بنفس القاعدة التى جاءت بها المرافعات المدنية والتجارية من أنه لا بطلان بغير نص "Pas de nullité sans texte" ؟ الواقع ان مجلس الدولة الفرنسى لم يطبق أبدا – وهو يقضى كقاضى نقض – القاعدة القائلة بألا بطلان بغير نص ، ذلك لانه كثيرا ما يفرض على المحاكم الادارية – بغير نص – كل قواعد المرافعات العامة اللازمة لحسن سير العدالة ولأن النصوص التى جاءت بكثير من قواعد الاجراءات لم تنص

---

(١) ولهذا فاننا نعجب كل العجب كيف أن فقيها كسيو دى فون ريليو يقول فى رسالته ص ١٦٩ وما يلى « أنه ليس هنالك فى المرافعات الادارية أى نص ، كما لا يوجد أى نظام قانونى يحد من نطاق الطعن بالنقض فيما يتعلق بهذا العيب » . والا فكيف تناسى نص المادة ٢٣ من قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢ التى أوردها المشرع فى قانون مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣١ يوليو ١٩٤٥ والسابق الاشارة اليه عند الطعن بالالتماس ؟

على البطلان كجزاء لمخالفتها . فهل كانت نتيجة ذلك أن اتخذ مجلس الدولة الفرنسى نفس موقف محكمة النقض الفرنسية من التفرقة بين قواعد الاجراءات الاساسية وبين الأجراءات الثانوية ورتب أحكام الطعن بالنقض كجزاء لمخالفة الأولى فقط ؟ اذ الذى حدث عكس ذلك فانه من المسلم به أن جميع قواعد المرافعات الادارية هى — كمبدأ عام — قواعد أساسية يستوى فى ذلك القواعد المكتوبة وغير المكتوبة ، وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى على أن كل محكمة ادارية ملزمة — ولو بغير نص — باتباع جميع القواعد العامة فى الاجراءات التى لم يستبعد تطبيقها بنص صريح من جانب المشرع طالما أنها لا تتعارض بطبيعتها مع طبيعة المحكمة وطبيعة تنظيمها[1] .

وقد عبر المجلس عن قضائه المستقر أحسن تعبير فى حكم حديث فى قضية D'ailliéres [2]حيث قال :

Considérant qu'en raison du caractére jurididictonnel ci dessus reconnu à ses décisions, le jury d'honneur est tennu, méme en l'absence de texte, d'observer les règles de procédure dont l'applieation n'est pas écartée par une disposition legislative formelle, ou n'est pas incompatible avec l'organisation même de cette juridiction.

ولكن اذا كانت جميع قواعد الاجراءات المكتوبة وغير المكتوبة قواعد أساسية فليس معنى هذا أنها جميعا تتعلق بالنظام العام ، اذ أن بعضها وقد وجد لمصلحة الأفراد دون سواهم يمكن أن يغطى وبالتالى لا يمكن التمسك به لأول مرة أمام مجلس الدولة[3].

---

(۱) أنظر الأحكام الآتية :

Desreumeaux C. E. 13 mars 1925. S. 1927. 3 143 ; Syndicat normand de filature de coton et autres C. E. 6 fevr. 1931. S 1931. 3. 49 ; Ollier C. E. 1o juin 1932 S 1933. 3. 46. ; Sansoën et Ducolombier C. E. 13 mars 1944. Rec p. 74.

(۲) C. E. 7 février 1947. Recp sc, S. 1947. 3. 64, R.D.P. 1947. P. 68 note
وانظر أيضا : دويز وديبير ص ٤٠٨ وما يلى ؛ De Font Réawlx المرجع السابق ص ١٧١ وما يلى Waline .

(۳) أنظر : De Font Réaulx المرجع السابق ؛ Alibert ص ۲۲۷ وما بعدها .

وسوف نستعرض فيما يلى قواعد الاجراءات المتعلقة بالنظام العام والتى تؤدى مخالفتها الى الطعن بالنقض فى الحكم .

١٣٠– أولا : الاجراءات السابقة على الحكم : تنص المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة المصرى على عدم قبول الطلبات المقدمة رأسا بالغاء القرارات الادارية المنصوص عليها فى البندين ثالثا ورابعا عدا ما كان منها صادرا من مجالس تأديبية والبند خامسا من المادة ٨ وذلك قبل التظلم منها الى الهيئة الادارية التى أصدرت القرار أو الى الهيئات الرئيسية وانتظار المواعيد المقررة للبت فى هذا التظلم . فاذا طعن أحد الأفراد بالالغاء فى قرار ادارى يدخل فى التعداد السابق دون أن يتظلم منه الى الجهة الادارية أو الى الهيئات الرئيسية فان طعنه يكون غير مقبول Irrecevable فاذا قبلته المحكمة الادارية مثلا وحكمت فيه كان حكمها عرضة للنقض أمام المحكمة الادارية العليا .

١٣١– وكذلك الحال فيما يتعلق بقواعد المواعيد الخاصة بالطعن فى القرارات الادارية ، فانها تتعلق بالنظام العام ، وعدم مراعاتها من جانب المحكمة الادارية انما يؤدى بقرارها الى الطعن بالنقض(١).

١٣٢– وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى على أن كل محكمة ادارية وكل جهة قضائية ادارية انما تلتزم طبقا للمبادىء العامة بأن تيسر للمترافعين أمامها حرية الدفاع . ومهما كان نوع المرافعات أمامها بالمذكرات المكتوبة أم شفاهة وكتابة معا فان كل مترافع يجب أن يحاط علما بما قدمه الطرف الآخر وأن ييسر له من الوقت ما يكفى لاعداد دفاعه ، ومن ناحية أخرى فان القواعد العامة تقضى بوجوب تيسير الفرصة لكل مترافع للاطلاع على كل ورقة تقدم من الخصم الآخر(٢).

---

(١) Vve Auther : C. E. 13 juill 1927. Recp 787

(٢) X : C. E. 10 août 1918, 14 mai 1910. S: 1912. 3. 57. avec conclusions Berget ; Vve Thiéblemont C. E. 29 déc 1926. S. 1927. 3. 55.

ولكن اطلاع كل خصم على الأوراق والدوسيه لا يتعلق – كقاعدة عامة – بالنظام العام بمعنى أن القاضى غير ملزم قانونا بأن يأمر به من تلقاء نفسه وانما على الاطراف فى الخصومة أن يطلبوه(١).

١٣٣– ثانياً : اجراءات المداولة والنطق بالحكم :

(١) صحة تشكيل المحكمة : ان أول شروط صحة المداولة هى أن تشكل المحكمة تشكيلا قانونيا فلا يجب أن تضم أعضاء لم يؤذن القانون بضمهم ولا أن يقل عددهم عن الحد الأدنى الذى حدده القانون فى الحالات التى يحدد القانون فيها حدا أدنى .

وقد نص قانون مجلس الدولة المصرى على أن تشكل محكمة القضاء الادارى من ثلاثة مستشارين ، وتشكل المحكمة الادارية من ثلاثة أعضاء برياسة نائب على الأقل وعضوية اثنين من المندوبين الأول على الأقل . فاذا خولفت هذه النصوص أدى ذلك الى الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من الهيئة المعيبة التشكيل . ويلاحظ أن النصوص المصرية قد حددت الأعضاء تحديدا دقيقا فلا يجوز أن يجلس عددا أكبر ولا عددا أقل ، بل نفس العدد المحدد فى القانون .

١٣٤– (٢) صحة المداولة : يجب أن تتم المداولة نفسها طبقاً للقانون فيجب أن يكون جميع الأعضاء الذين اشتركوا فى اصدار الحكم قد حضروا جميع الجلسات . ولا يجوز أن يشارك فى المداولة واصدار الحكم الا أعضاء المحكمة نفسها وقد حكم مجلس الدولة الفرنسى بنقض حكم لمحكمة المعاشات الاقليمية Cour régional des pensions صدر بناء على مداولة اشترك فيها مفوض الدولة (٢). ويلاحظ أنه من الواجب على كل عضو من أعضاء المحكمة أن يكون رأيا(٣) ولا يجوز مطلقاً لأحدهم أن يمتنع عن ابداء

---

(١) أنظر Vatier : C E. 27 fiur. 1924 Recp 221.

(٢) أنظر حكم Louchar : C. E. 15 mai 1925. Recp 476.

(٣) أنظر Robin : C. E. 28 juiller 1911, S. 1914. 3. So ; Emoy C. E. 5 févr. 1915. S. 1921. 3. 30

الرأى – كما يحدث فى بعض الهيئات الادارية – طالما أنه لم يحكم برده ولم يتنح عن نظر القضية . وتصدر الأحكام بأغلبية الأصوات واذا كان العدد زوجيا (وهو مالم يحدث فى التشريع المصرى) رجح الجانب الذى فيه الرئيس[1] ويجب أن تظل المداولة سرية لا يجوز إفشاؤها ، بل وقد قضى مجلس الدولة بأن بيان عدد الأصوات التى رجحت كل رأى انما يعتبر عيبا من عيوب الشكل[2].

١٣٥– (٣) النطق بالحكم : ان القضاء الادارى فى فرنسا على خلاف القضاء المدنى والجنائى لا يعتبر علانية الأحكام قاعدة عامة من قواعد المرافعات الواجبة الاتباع[3] ونحن نشك كثيرا فى امكان اتباع هذا الحكم فى نظامنا القانونى المصرى فان المادة ٧٤ من قانون مجلس الدولة أحالت على قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد فيه نص . واذا تصفحنا هذا القانون الأخير لوجدنا أن المادة ٣٤٥ تقول : « ينطق بالحكم بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه ، ويكون النطق به علانية والا كان باطلا » واننا – أمام صراحة هذه النصوص – لا يمكننا الا أن نخالف الرأى المتبع فى فرنسا .

١٣٦– ثالثاً : محتويات الحكم : جرى قضاء مجلس الدولة على أن أحكام المحاكم الادارية – كقاعدة عامة – يجب أن تشتمل على بعض البيانات طبقاً للمبادىء العامة فى المرافعات وهذه البيانات هى :

(١) Les visas

(٢) الأسباب Les motifs

(٣) المنطوق Dispositif

(٤) بيان الأعضاء الذين أصدروا الحكم .

---

(١) أنظر Picot : C. E. 8 févr. 1950 D. H. 1930 p. 199

(٢) أنظر Léguillon : C. E. 17 nov. 1922. Rec. p. 848

(٣) De Font Réaulx : المرجع السابق .

١٣٧– (١) Les visas : ويمكن أن نسميها بالاطلاعات تقضى عدة نصوص بالنسبة لبعض الجهات القضائية الادارية فى فرنسا بالزامها بذكر وتعداد الأوراق الرئيسية فى المرافعة ، ومن الطبيعى أن يعتبر مجلس الدولة اغفال ذكر هذه الأوراق الرئيسية كعيب فى الشكل وان كان من المسلم به أن اغفال الأوراق الثانوية الأهمية لا يعتبر كذلك .

وحتى بالنسبة للجهات القضائية التى لم يأت بشأنها نص يلزمها بذلك فان مجلس الدولة يلزمها بذكر هذه البيانات طبقاً للمبادىء العامة فى المرافعات(١).

١٣٨– (٢) الأسباب : الواقع الذى لاشك فيه ان عدم تسبيب الأحكام أو القصور فى تسبيبها يعتبر عيبا جوهريا وهاما من عيوب الشكل نظرا لأهميته الكبرى فى رقابة قاضى النقض على الأحكام المطعون فيها أمامه . ولأن كانت محكمة النقض الفرنسية قد استندت على نص المادة ٧ من القانون الصادر فى ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ والذى يفرض على محاكم الاستئناف تسبيب أحكامها لتعمم الالزام بالتسبيب على غيرها أيضا فان مجلس الدولة وقضاؤه كله قضاء بريتورى ماكان فى حاجة لمثل هذا النص ليفرض على المحاكم الادارية هذا التسبيب . حقاً لقد وجد فى القانون الادارى كثير من النصوص التى فرضت على بعض الجهات القضائية الادارية تسبيب أحكامها ولكن حتى اذا لم توجد تلك النصوص فان مجلس الدولة ماكان ليتردد فى فرض قاعدة التسبيب على جميع الجهات القضائية .

ويمكن القول اليوم بأنه وان كانت الادارة العاملة لا تلزم كقاعدة عامة بتسبيب قراراتها الا فى الأحوال التى يوجد فيها نص صريح يلزمها بذلك فان العكس بالضبط هو الذى يوجد بالنسبة للجهات القضائية فهى تلزم دائما بتسبيب قراراتها الا فى الحالات التى يصدر المشرع فيها نصا صريحا ليعفيها من ذلك أو فى الأحوال التى يكون فيها التسبيب غير متفق مع طبيعة الجهة القضائية نفسها .

---

(١) Sautel : C. E. 4 juillet 1928, Delmas 3 avril 1930

١٣٩– اذن : نقول ان انعدام التسبيب وعدم كفايته يؤديان اليوم بغير شك الى نقض الحكم المطعون فيه .

أما انعدام التسبيب فواضح ولا يمكن أن تثور صعوبات جدية فى العمل لنتبين الحكم المعدوم التسبيب من الحكم المسبب . ولكن الذى يثير بعض المناقشات هو القصور فى التسبيب . فمتى يكون الحكم الادارى قاصرا فى تسبيبه ؟ .

وضع مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه الصادر فى قضية Demolombe [(١)] جوابا لهذا التساؤل حين قال « يكون الحكم مسببا تسبيبا كافيا عندما يشمل بيانا للأسباب التى بنى عليها بالنسبة لكل نقطة من نقط النزاع » أى أن مقتضى هذا التعريف أن يحوى الحكم ردا على كل سبب من أسباب الطعن une réponse à chaque moyen أعنى أنه عدم الرد على أى سبب انما يؤدى الى نقض الحكم[(٢)] ولكن يجب ألا نخلط بين عدم الرد على سبب من أسباب الطعن وبين عدم الرد على حجة معينة الذى لايعتبر عيبا فى الشكل . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى يجب أن نفرق بين عدم الرد على سبب وعدم الحكم فى أحد الطلبات الذى يعتبر أيضا وبغير شك عيبا من عيوب الشكل .

وعلى أى حال لكى تلتزم المحكمة بالرد على سبب من أسباب الطعن ، يجب أن يصل هذا السبب اليها أى يجب أن يكون ناتجا من ورقة مقبولة شكلا . وهذا طبيعى اذ من غير المعقول أن تلتزم المحكمة بالرد على أسباب لم تصل اليها لوجودها فى وثائق استبعدتها ولم تقبلها .

١٤٠– ولكن متى يعتبر الرد على سبب من أسباب الطعن بأنه كاف ؟ الواقع أنها تتعلق بكل قضية على حدة ومع ذلك فيمكن القول بأن الرد يعتبر كافياً اذا اشتمل على الخطوط الأساسية التى أدت الى اقتناع القاضى

---

(١) مجلس الدولة الفرنسى فى ١٢ مارس ١٩٢٤ . مجموعة الأحكام ص ٢٨٠ .

(٢) أنظر Brimont : C.E. 8 Janv. 1924, Recp. 16 ; Néaud et Bonicoud Rec. p. 340; Letesier : C.E. 12 mai 1926 Recp 479; Mitjaville C.E. 16 juillet 1926. Rec. p. 749.

واقتناع القاضى يبنى على عنصر من الواقع وعنصر من القانون : عنصر من الواقع هو الاقتناع بوجود وقائع معينة وعنصر من القانون يستمد من فهمه لمبادىء القانون الواجبة التطبيق على مثل هذه الوقائع[1].

وعلى أى حال فان مجلس الدولة الفرنسى قد اقتفى أثر محكمة النقض الفرنسية عندما قرر أن قاضى الاستئناف يمكن أن يعتمد على أسباب محكمة أول درجة كما يمكن للقاضى أن يعتمد على أسباب قرار تمهيدى .

١٤١ــ (٣) المنطوق : يجب أن يتوافر فى المنطوق عدة شروط من الناحية الشكلية : فيجب ألا يتناقض المنطوق مع الأسباب والا أدى ذلك الى نقض الحكم . ويلاحظ أن القانون المصرى يبيح الطعن بالتماس اعادة النظر عند وجود تناقض فى المنطوق أى عندما يكون بعض المنطوق مناقضا لبعضه الآخر . وبذلك يتحدد لدينا نطاق كلا الطعنين : فاذا كان التناقض بين المنطوق والأسباب كان الطعن الجائز هو الطعن بالنقض ، واذا كان التناقض بين أجزاء المنطوق كان الطعن الواجب هو الالتماس .

ويجب أن يشمل منطوق الحكم القضاء فى كل طلبات الخصوم : فيها كلها ولا شىء سواها . وعلى خلاف القضاء المدنى الفرنسى فان القضاء الادارى فى فرنسا يعتبر هذه القاعدة — ليس سببا موضوعيا للطعن — وانما سببا شكليا يؤدى الى نقض الحكم . ونحن لا يمكننا أن نقبل هذا فى مصر مع صريح نص المادة ٤١٧ مرافعات التى أحال عليها صراحة قانون مجلس الدولة المصرى اذ تعتبر القضاء بشىء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه سببا من أسباب الالتماس . وأمام صراحة هذا النص فلا محل للاجتهاد ويجب القول بعدم اتباع القاعدة المقررة فى القانون العام الفرنسى فى هذا الصدد .

١٤٢ــ وقبل أن نمضى بعيدا يحسن بنا أن نقول ان المحكمة الادارية العليا فى مصر قد سارت على نفس المبادىء المقررة فى فرنسا — بصدد تسبيب الأحكام ووجوبه — اذ قالت فى حكم يتعلق بوقف تنفيذ قرار

---

(١) De Font Réaulx : المرجع السابق ص ١٨٢ وما بعدها .

اداری[1] : « ومن حيث أن هذه المحكمة سبق أن قضت بأن سلطة وقف تنفيذ القرارات الادارية مشتقة من سلطة الالغاء وفرع منها ، مردهما الى الرقابة القانونية التى يسلطها القضاء الادارى على القرار على أساس وزنه بميزان القانون وزنا مناطه مبدأ المشروعية ، فوجب على القضاء الادارى ألا يقف قرارا اداريا الا اذا تبين له — على حسب الظاهر من الأوراق ومع عدم المساس بأصل طلب الالغاء عند الفصل فيه — ان طلب وقف التنفيذ يقوم على ركنين :

الأول : قيام الاستعجال بأن كان يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

والثانى : يتصل بمبدأ المشروعية ، بأن يكون ادعاء الطالب فى هذا الشأن قائما بحسب الظاهر على أسباب جدية .

وكلا الركنين من الحدود القانونية التى تحد سلطة القضاء الادارى وتخضع لرقابة المحكمة الادارية العليا .

ومن حيث أن الحكم المطعون فيه لم يستظهر أيا من هذين الركنين ، واقتصر فى تسبيبه على أنه « يبين من ظاهر الأوراق أن طلب المدعى وقف تنفيذ قرار نقله الى وزارة التربية والتعليم انما يستند الى ما يبرره » وهو تصور مخل ينحدر الى درجة عدم التسبيب . وخلو الحكم من الأسباب أو قصورها أو تناقضها وتهاترها ، مما يعيب الحكم ويبطله خصوصا بعد انشاء المحكمة الادارية العليا حتى تتمكن من رقابتها لأحكام القضاء الادارى » .

١٤٣— رابعا : عدم المساس بالحكم بعد اصداره من جانب القضاة :
تلتزم المحكمة بعد اصدار الحكم بعدم المساس به أى عدم سحبه أو تعديله وذلك لأن حجية الشيء المقضى به تمتد آثارها الى نفس القضاة

---

(١) الحكم الصادر فى القضية رقم ٢٦ لسنة ٢ قضائية جلسة ١٠ ديسمبر ١٩٥٥ .

الذين أصدروا الحكم فلا يستطيعون بعد أن نطقوا به أن يلحقوا به تعديلا أو الغاء ، ولكنهم فقط يستطيعون أن يصححوا خطأ ماديا لحقه وهذا ما بحثناه آنفا عند الكلام عن الطعن بتصحيح الغلط المادى .

١٤٤ــ كلمة ختامية : عن دور هيئة المفوضين فى تحضير الدعوى وما يمكن أن ينشأ عنه من بطلان فى الاجراءات :

(١) على هيئة المفوضين أن تهيىء الدعوى للمرافعة وذلك بالاتصال بالجهات الحكومية المختصة لاحضار البيانات اللازمة والأوراق ، كما أن لها أن تأمر باجراء تحقيق واقعة أو عدة وقائع ترى وجوب تحقيقها ولها استدعاء ذوى الشأن وسماع أقوالهم فيما يعن لها وتكليفهم مثلا بتقديم مذكرات تكميلية أو مستندات ضرورية للفصل فى الدعوى .... الى غير ذلك من اجراءات التحقيق .

(٢) لها أن تحد من كثرة المنازعات التى تعرض على محكمة القضاء الادارى والمحاكم الادارية وذلك بأن تعرض الصلح على الطرفين المتنازعين بتسوية النزاع على أساس المبادىء القانونية التى يستقر عليها قضاء المحكمة الادارية العليا ، والغرض من ذلك هو ألا تزدحم جداول أعمال هذه المحاكم الى حد مرهق ، بغير أن تكون هنالك ضرورة لذلك ، مادام أن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق قد استقر عليها قضاء المحكمة الادارية العليا .

(٣) بعد أن تتم هيئة الدعوى للمرافعة ، يجب على المفوض أن يعد تقريره ــ عن المنازعة الادارية موضوع الدعوى ــ يبين فيه الوقائع والنقط القانونية التى أثارها النزاع ثم رأيه المسبب فى كل ذلك .

(٤) لها وحدها ، بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسها أن تطعن بالنقض فى أحكام محكمة القضاء الادارى والمحاكم الادارية .

١٤٥ــ ويترتب على هذا الدور الكبير الذى تلعبه هيئة المفوضين ، أن اعتبرت بحق أمينة على المنازعات الادارية وعاملا أساسيا فى تحضيرها وتهيئتها للمرافعة وفى ابداء الرأى القانونى المحايد فيها سواء فيما تقدمه من مذكرات أو فيما عساه يطلب منها من ايضاحات فى الجلسة العلنية .

وبناء على ذلك :

(١) يجب أن يحضر من يمثلها فى كل جلسة ، فاذا تغيب كل ممثل لها فى الجلسة ، كان هذا بطلانا فى الاجراءات ينعكس على الحكم ويجعله باطلا .

(٢) تنص المادة ٣٣٣ مرافعات بأن « تتبع القواعد والاجراءات المتقدمة عند رد عضو النيابة اذا كانت طرفا منضما لسبب من الأسباب المنصوص عنها فى المادتين ٣١٣ ، ٣١٥ » فاذا قام بعضو النيابة سبب من أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها فى المادة ٣١٣ أو الرد المنصوص عليها فى المادة ٣١٥ كان ممنوعا من مباشرة مهمته فى الحالة الأولى ، وجاز رده ان لم يتنح من تلقاء نفسه فى الحالة الثانية .

ومهمة هيئة المفوضين لا تقل سموا وخطرا عن مهمة النيابة العمومية ولذلك وجب أن تسرى عليها نفس هذه القواعد ، فاذا كان للمفوض فى الدعوى التى يمثل هيئة المفوضين فيها مصلحة شخصية ولم ينح نفسه مع ذلك عن الجلوس كمفوض فى تلك الدعوى ، كان هذا بطلانا فى الاجراءات ينعكس على الحكم فيبطله بدوره .

١٤٦— ولم يغب ذلك عن بال المحكمة الادارية العليا فقررته فى حكم من أحكامها ذات المبادىء فى القضية رقم ١٥٠ لسنة ١ ق جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٥ (المجموعة ص ٣١٢) فقالت :

« ومن حيث أنه فيما يتعلق بالوجه الأول فان من المهام الأساسية التى قام عليها نظام مفوضى الدولة طبقا للقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ كما أفصحت عن ذلك مذكرته الايضاحية ، تجريد المنازعات الادارية من الخصومات الفردية ، باعتبار أن الادارة خصم شريف لا يبغى الا معاملة الناس جميعا طبقا للقانون على حد سواء ، ومعاونة القضاء الادارى معاونة فنية ممتازة تساعد على تمحيص القضايا تمحيصا يضيء ما أظلم من جوانبها ويجلو ما غمض من وقائعها برأى تتمثل فيه الحيدة لصالح القانون وحده ، وعلى هذا الأساس ذاته جعل من اختصاصها وحدها ،

سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب ذوى الشأن ، حق الطعن أمام المحكمة العليا فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى أو المحاكم الادارية ، وبهذه المثابة فان هيئة المفوضين تعتبر أمينة على المنازعة الادارية ، وعاملا أساسيا فى تحضيرها وتهيئتها للمرافعة ، وفى ابداء الرأى القانونى المحايد فيها سواء فى المذكرات التى تقدمها أو فى الايضاحات التى تطلب اليها فى الجلسة العلنية ويتفرع عن ذلك كله أنه لابد من حضور من يمثلها بالجلسة والا وقع بطلان فى الحكم ، وانه اذا قام بالمفوض سبب من أسباب عدم الصلاحية أو الرد المنصوص عليها فى المادتين ٣١٣ ، ٣١٥ من قانون المرافعات ، كان غير صالح فى الحالة الأولى ممنوعا من مباشرة مهمته فى الدعوى وجاز رده ان لم يتنح عنها فى الحالة الثانية ، وذلك قياسا على حالة رد عضو النيابة اذا كان طرفا منضما فى الدعوى طبقا للمادة ٣٢٣ من قانون المرافعات ، تحقيقاً للحيدة التامة بحكم وظيفته فى الدعوى حسبما سلف ايضاحه ، وأنه اذا كان المفوض غير صالح لمباشرة مهمته فى الدعوى ومع ذلك استمر فى مباشرتها حيث يجب عليه التنحى عنها وندب غيره لأداء مهمته فيها ، كان ذلك منطويا على بطلان فى الاجراءات يؤثر فى الحكم فيعيبه ويبطله .

ومن حيث ان المدعى الأول السيد عزيز بشاى سيدهم هو المفوض لدى المحكمة الادارية لجميع الوزارات والمصالح بالاسكندرية ، وبذلك قام التعارض فى الدعوى المطعون فى حكمها بين مهمته لدى المحكمة المذكورة من تمثيل الحيدة لصالح القانون وحده وبين صالحه الشخصى بصفته خصما فى الدعوى المذكورة ، فكان يتعين امتناعه عن مباشرة مهمة المفوض فى الدعوى وندب غيره لذلك ، ولتمثيل الهيئة بالجلسة ، ولكن هذا الاجراء الجوهرى قد أغفل مما يعيب الحكم المطعون فيه ويبطله .... » .

المبحث الرابع

حالة مخالفة القانون La violation de La loi

١٤٧— هذا الوجه من أوجه الطعن بالنقض لم يوجد فى فرنسا فى عهد Laferrière وقد ظل الفقه الفرنسى طويلا يفرق بين أحكام محكمة المحاسبات La Cour des comptes ومجلس المراجعة Le conseil de révision

من ناحية ، وأحكام المحاكم الأخرى من ناحية ثانية . فأما الأولين فيطعن فى أحكامهما بأوجه الطعن الثلاثة ، وأما أحكام المحاكم الأخرى فيقبل ضدها وجهان فقط هما حالة عدم الاختصاص وحالة وجود عيب فى الشكل ولا تقبل مخالفة القانون الا بناء على نص صريح(١) .

١٤٨ـ ولكن هذه التفرقة قد تركت كلية ولم تعد مطبقة فى الوقت الحاضر وقد بدأ هذا التطور قبيل الحرب العظمى الأولى(٢) واستقر نهائيا بعدها (٣). والقضاء والفقه فى فرنسا الآن مستقران على امكان الطعن بالنقض بناء على الأوجه الثلاثة : عدم الاختصاص وعيب الشكل ومخالفة القانون بغير حاجة الى نص صريح يؤكد هذه الأوجه بالنسبة لكل محكمة .

وقد أغنانا القانون المصرى عن البحث عن مثل هذه الخلافات التاريخية عندنا اذ أن نص المادة ١٥ من قانون مجلس الدولة قاطع فى جواز الطعن بالنقض « اذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله » . فما هى صور مخالفة القانون ؟

١٤٩ـ صور مخالفة القانون : يمكن حصر هذه الصور فى تقسيم رباعى :

(١) قد تبدو مخالفة القانون عند ما تتجاهل المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه قاعدة من قواعد القانون فتنسى تطبيقها كليا أو جزئيا .

(٢) وقد تبدو مخالفة القانون فى شكل تفسير خاطىء للقواعد القانونية أو تطبيق غير صحيح لها وهو ما يسمى بالغلط فى القانون Erreur de Fait .

(٣) وقد تبدو مخالفة القانون فى صورة تقدير خاطىء للوقائع ، الأمر الذى لايؤدى الى تطبيق سليم لقواعد القانون ويترتب عليه انتفاء الأساس القانونى للحكم Défaut de base légale وهو ما يسمى بالغلط فى الوقائع Erreur de Fait .

---

(١) راجع على الأخص Dupuy المبحث السابق ص ٥٢٤ ، رولان : الموجز ص ٣٥٤ .

(٢) Tery : C. E. 20 juin 1914 Rec. p. 736 concl. Cornéille .

(٣) Commune de Relizane : C. E. 5 Juill. 1929 Rec. p. 679 concl Josse

(٤) وقد تظهر مخالفة القانون ، أو بالأحرى مخالفة المبادىء العامة فى القانون فى شكل جسيم وذلك بانتهاك حجية الشىء المقضى به . La violation de la chose jugée .

والواقع أن الصورتين الثالثة والرابعة هما اللتان تستحقان منا — فى حدود بحثنا هذا — شيئا من التفصيل .

١٥٠ — رقابة مجلس الدولة الفرنسى على الوقائع : فى هذا الصدد يكمن الخلاف الشديد بين قضاء محكمة النقض الفرنسية وقضاء مجلس الدولة الفرنسى ، كما كان هذا النطاق محلا للتطور الواضح فى قضاء مجلس الدولة . وقبل أن نشرح هذا التطور وذاك الخلاف يحسن بنا أن نقسم مراحل فحص القضية والوصول الى الرأى النهائى فيها الى ثلاثة مراحل :

(١) المرحلة الأولى : هى مرحلة فحص مادية الوقائع La matérialité des faits أى التأكد من التطابق بين الوقائع كما تستخلص من أوراق الدوسيه وبينها كما تستخلص من الحكم محل الطعن .

(٢) المرحلة الثانية : هى مرحلة الوصف القانونى لهذه الوقائع Qualific-ation juridieque أى مرحلة التكييف القانونى لها فمثلا هل تعتبر الوقائع بفرض ثبوتها جريمة تأديبية أم لا ، فاذا أبرم الطبيب عقدا مع عيادة تعاونية Clinique mutualiste فهل يعتبر هذا بفرض ثبوت صحته جريمة تأديبية واخلالا بشرف المهنة ، وهل اذا عمل شخص ما مرغما مع الأعداء ولم يضر أبدا بمصالح الوطنيين ولم يقدم للعدو أى مساعدة فنية ذات بال . . . . هل يعتبر هذا الشخص بفرض ثبوت هذه الوقائع « متعاونا مع الاعداء » Collaborateur يستحق عقوبات تأديبية معينة ؟ كل هذه الأمثلة المستمدة من قضاء مجلس الدولة الفرنسى تصور لنا هذه المرحلة الثانية .

(٣) المرحلة الثالثة : هى مرحلة الوصول الى الحكم أى اجراء القاعدة القانونية على الوقائع بتكييفها القانونى السابق ويدخل فى هذه المرحلة واجب التأكد من وجود قاعدة قانونية واجبة الانطباق ثم اجراء حكمها على الوقائع .

١٥١– موقف محكمة النقض الفرنسية : أما عن هذا الموقف فانه يتأثر بنص المادة ٣ من مرسوم ٢٧ ديسمبر سنة ١٧٩٠ التى تحرم عليها النظر فى وقائع الدعوى « تحت أى حجة وفى أى حالة » Sous aucun pétexte et dans aucun cas وقد كان المفروض أن يتأثر قضاء النقض فى مجلس الدولة بهذا التحريم ولكن المجلس وهو يطبق « سياسته القضائية » قد تمكن من تحطيم هذا القيد والوصول الى غير النتائج التى وصلت اليها محكمة النقض .

١٥٢– وقد جرى قضاء محكمة النقض على التخلى – كقاعدة عامة – عن كل رقابة على الوقائع ، والاعتماد فى هذا على مايقرره قاضى الموضوع أى أن تقدير مادية الوقائع La matérialite des faits يدخل – كقاعدة عامة – فى اختصاص قاضى الموضوع وحده ولا معقب عليه من محكمة النقض . وأقول كقاعدة عامة لأن هنالك الكثير من التفصيلات التى لايسمح بها نطاق هذا البحث .

ولكن اذا كانت المحكمة قد تخلت عن رقابة المرحلة الأولى (مادية الوقائع) فانها قد بسطت رقابتها على المرحلة الثانية وهى مرحلة التكييف القانونى لهذه الوقائع كما قررها قاضى الموضوع : فمثلا هل الوقائع بفرض ثبوتها يصح وصفها بأنها خطأ Faute فى حكم المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى Civil, 7 mai 1946 D. 46. 1. 515 أو ضررا Civ. 1 Avril 1946 Dame Elmerderff c / X D. 1946. 1, 285 أو شيئا خطرا Chose dangereuse بصدد المسئولية الشيئية Civ. 21 fév. 1927 S. 1927 1 137. وأما المرحلة الثالثة ، أى مرحلة الوصول الى الحكم باجراء حكم القاعدة القانونية على وقائع تحدد – سلفا – وصفها القانونى ، فهى بطبيعة الحال مما يدخل تحت رقابة قاضى النقض ، ولا يمكن أن يكون الأمر غير ذلك . وقد جرى قضاء محكمة النقض على بسط رقابة المحكمة فيما يخص هذه المرحلة .

١٥٣– موقف مجلس الدولة الفرنسى : وقبل أن نستعرض قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الشأن يحسن بنا أن ننبه الى حقيقة واضحة وهى أن الطعن بالنقض فى القضاء الادارى قد تأثر باتجاهين :

(أولا) الاتجاه الذى سارت عليه محكمة النقض الفرنسية وهى تراقب تطبيق القانون فى أحكام المحاكم المدنية والجنائية .

(ثانيا) اتجاه مجلس الدولة نفسه وقضائه فيما يتعلق بالطعن بالالغاء Le recours en annulation .

١٥٤ـ أما فيما يتعلق بمادية الوقائع : فقد جرى قضاء مجلس الدولة ـكقاضى الغاء ـ منذ حكم Camino فى ١٤ يناير سنة ١٩١٦ على حقه فى الغاء القرار الادارى اذا بنى على وقائع غير صحيحة مادياً . ومد المجلس قضاءه الى نطاق النقض الادارى بحكمه الصادر فى قضية Henri et Maurice FARMAN فى ٩ أغسطس سنة ١٩٢٤ (مجموعة لوبون ص ٤٢٩) وقد جرى قضاء المجلس منذ ذلك الحين على ذلك أى على حق المجلس فى فرض رقابة دقيقة على مادية الوقائع . وقد قضى مجلس الدولة فى حكم حديث فى قضية Protin الصادر فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بالغاء حكم صادر من جهة قضائية ادارية (الهيئة التأديبية لنقابة الأطباء) وقع عقوبة تأديبية على طبيب بتهمة الاخلال بواجبات الزمالة فى المهنة . وقد اعتمد مجلس الدولة فى نقضه للحكم المذكور على أن الأعمال المنسوبة لهذا الطبيب والتى قد تعتبر اخلالاً بواجبات الزمالة لم يرتكبها الطبيب الا وهو عمدة لبلدته ، أى أنه لم يرتكبها كون حاله طبيبا ، وقد خرج المجلس من هذا بنقض الحكم لأن الجزاء قد استند على وقائع غير صحيحة ماديا[١] .

ويلاحظ أن هنالك فرقا بين مجلس الدولة فى هذا الشأن كقاضى الغاء وكقاضى نقض: ففى الحالة الأولى يمكنه أن يتبين عدم صحة الوقائع من أوراق الدوسيه أو من أوراق أخرى أو حتى من تحقيق يأمر به أو أوراق يأمر بضمها أما فى حالة النقض فنطاق بحثه انما ينحصر فى دوسيه القضية فقط وهذا ناشىء بطبيعة الحال عن اختلاف دوره فى الحالين وخاصة أنه يوجد فى حالة النقض ازاء قضية سبق أن عرضت أمام قضاة أول درجة ونوقشت أمامهم . ولهذا فاننا نشاهد أنه فى حالة الالغاء يقول ....

(١) بارچو . المبحث السابق . ص ٦٨ .

« Il ne résulte pas de l'instruction ... ... » أى أنه لم ينتج من التحقيق...
بينما نجد أن الصيغة فى حالة النقض تختلف اختلافا واضحا حيث يقول :
« Il en ressort pas des piéces du dossier ... ... » أى أنه لم يثبت من أوراق الدوسيه أن الحكم قد بنى على وقائع خاطئة مادية(١).

١٥٥– أما فيما يتعلق بالمرحلة الثانية ، أى مرحلة تقدير الوقائع Appréciation des faits ووصفها القانونى وهى المرحلة التى قلنا أن محكمة النقض الفرنسية تخضعها لرقابتها ، فان قضاء مجلس الدولة ازاءها كان محلا لتطور كبير . ونسارع الى القول بأنه انتهى الآن الى نفس مايفعله وهو ينظر فى الطعن بالالغاء أى الى نفس ماتفعله محكمة النقض تقريبا . ان سنة التطور السريع فى القضاء الادارى الفرنسى التى دفعته الى أن يقرر وجه مخالفة القانون كعيب من عيوب الحكم تبيح الطعن فيه بالنقض – ولو لم يكن هنالك نص صريح بذلك – هى التى أهابت به أن يبسط رقابته على تقدير الوقائع ووصفها القانونى بعد أن كان يتركها للتقدير النهائى لقاضى الموضوع ، الأمر الذى كان يحق مدعاة للنقد الشديد من جميع الفقهاء الذين تناولوا الكتابة فى هذا الموضوع ، واننا نعتقد أن ذلك النقد كان له مايبرره وعلى الأخص اذا علمنا أن هذه المرحلة هى أهم مراحل الحكم فى الطعن بالنقض ، والنطاق الذى يجب أن تتركز فيه رقابة قاضى النقض .

١٥٦– واذا أردنا أن نستعرض مراحل تطور القضاء الادارى(٢) فى هذا الشأن لوجدنا أن المجلس – غداة الحرب العظمى الأولى – قد ترك لقاضى الموضوع الحرية التامة فى تقدير الوقائع بلا معقب عليه فى ذلك .

(١) راجع أحكام مجلس الدولة الفرنسى Dame d'Autemarche, 2 fevr, 1927. Rec .p. 133 . Perodeau, 15 Juin 1928 Rec .p. 756 . Barreau, 18 Juill. 1928. Rec ,p. 911 ; Moineau 2 févr. 1925. D. 1945, 269 not Colliard ; Tennesson 19 dec 1947

(٢) أنظر فى ذلك على الأخص تعليق الرئيس Josse فى داللوز ١٩٤٨ قسم القضاء ص ٥٥٨ . ويلاحظ أننا نعطى لهذا الكاتب أهمية أكثر من سواه ونستق منه اتجاهات مجلس الدولة أكثر من غيره ، لأنه كان مفوضا لعدة سنين وقدكتب مذكرات قيمة فى عدة قضايا هامة . وهو يشغل الآن رئيس أحد الأقسام الخمسة لمجلس الدولة الفرنسى .

وقد رفعت اليه عدة أحكام للجنة العليا لأرباح الحرب La commission supérieure des bénéfices guerre فاذا به يترك لقضاة الموضوع الحرية الكاملة فى تقدير الوقائع فلم يبسط رقابته حتى على تقدير اللجنة وهى تقرر صفة « المستخدم » employé أو الشريك associé أو صاحب المشروع maitre de l'affaire مع الأهمية العظمى المترتبة على ذلك وأثرها فى تحديد نطاق الضريبة ، بل لقد ذهب الى أبعد من هذا فلم يتطلب من اللجنة أبدا أن توضح فى قراراتها الوقائع التى اعتبرتها أساسا لحكمها(١).

١٥٧ـ ولكن سنة التطور السريع التى تسود فى القضاء الادارى الفرنسى دفعت مجلس الدولة الى بعض التغيير غداة الحرب العظمى الثانية وان كان ذلك التغيير لم يتم دفعة واحدة ، وقبل أن نستعرض بعض الأحكام يحسن بنا أن نذكر القارىء بأن مجلس الدولة الفرنسى كان ينظر كقاضى نقض فى أحكام اللجان القضائية فى النقابات المهنية الصادرة فى مواد التأديب أو فى مواد التطهير الذى حدث بعد تحرير فرنسا ، وان النقابات المهنية تعتبر شخصا من أشخاص القانون العام .

و قد بدأ مجلس الدولة قضاءه فى هذه المرحلة بأن ترك لقضاة الموضوع سلطة نهائية ولكن فى نطاق معين . فلقد أصدر حكمه فى قضية Moineau(٢) جاء فيه : من حيث أن التقدير الذى قامت به غرفة التأديب بشأن بعض الطرق الطبية المستعملة بواسطة السيد Moineau تخرج من نطاق رقابة قاضى النقض ، ومن حيث أنه بالنظر الى هذا التقدير النهائى لقضاة الموضوع appréciation souveraine فان الأعمال المنسوبة الى الطاعن تكون من طبيعتها أن تصلح تسبيبا لقرار رفض قيده فى جدول نقابة الأطباء » وانتهى المجلس الى رفض الطعن . ويلاحظ على هذا الحكم أن المجلس قد بدأه بقوله « من حيث أنه لا ينتج من أوراق الدوسيه الذى حكمت بناء عليه غرفة

---

(١) التعليق السابق .

(٢) مجلس الدولة الفرنسى فى ٢ فبراير ١٩٤٥ . تعليق كوليار فى داللوز . القضاء ص ٢٦٩ ، وتعليق لولييه فى سيرى ١٩٤٦ — ٣ — ٩ .

تأديب نقابة الأطباء أن قرارها قد بني على وقائع غير صحيحة مادياً .. »
أي أن المجلس قد راقب صحة ومادية الوقائع ، ولكنه تخلى عن تقديرها
مع أن رقابة تقدير هذه الوقائع أهم كثير من رقابة صحتها ماديا .

١٥٨– وقد كان هذا الحكم لأهميته موضعا للتعليق فى Sirey و Dalloz
على السواء من الأستاذين كوليار Colliard وجان لولييه Jean L'Huillier
وقد أوضح كلاهما عدم كفاية الرقابة التى يكتفى المجلس بالقيام بها
كقاضى نقض والأخطار التى تترتب على ذلك . وقد اتخذ المجلس نفس
هذا الموقف المنتقد فى قضية[١] Baudinière وتتلخص ظروف
هذه القضية أن اللجنة الوطنية للتطهير (المنصوص عليها فى القانون الصادر
فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٤) قد أصدرت ضد أحد الناشرين تحريما بألا
يتولى وظيفة مدير فى مهنته لأن المؤلفات التى تولى نشرها فى ظل الاحتلال
كانت تحوى الكثير من الدعاية للاحتلال الألمانى وقدم هذا القرار للمجلس
كقاضى نقض فاذا به ينص فى حكمه على أنه « بالنظر الى التقدير النهائى
l'appreciation souveraine الذى انتهت اليه اللجنة من أن المؤلفات
التى نشرها مسيو فلان لا تؤدى الا الى زيادة الدعاية الألمانية ، فان نشر
هذه المؤلفات سيكون عملا من طبيعته أن يبرر قانونا توقيع أحد الجزاءات
التى نص عليها القانون الصادر فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٤ » ويلاحظ أن هذه
الفقرة الأخيرة انما تدخل فى نطاق المرحلة الثالثة أي مرحلة الوصول
الى الحكم النهائى وهى التى تتكون من انزال حكم القانون على :

(١) وقائع ثبتت ماديا .
(٢) وانتهى الرأى الى تكييفها القانونى .

ومما لانزاع فيه أن هذه المرحلة الثالثة هى لاشىء فى الأهمية الى جانب
المرحلة الثانية لأن أهم عنصر فى قضية الطبيب Moneau هو قيمة الطرق
المستعملة ومدى مطابقتها لأصول المهنة .

---

(٢) C.E. 21 Mars 1947, D. 1945, p. 269.

وأهم عنصر من عناصر قضية الناشر Bandinière هو قيمة المؤلفات التى قام بنشرها من حيث تشجيعها للدعاية الألمانية ، فاذا كنا نقطع بأن الطرق الطبية المستعملة مخالفة لأصول المهنة ، وان المؤلفات المنشورة تشجع الدعاية الألمانية فانه مما لاشك فيه أن الباقى للوصول الى الحكم النهائى هو شىء ضئيل ، فاذا وافقنا على هذا الموقف من جانب المجلس ، فان رقابته تعتبر فى الواقع وهمية أكثر منها حقيقية .

١٥٩– ولذلك فقد كان من الطبيعى أن يتجه المجلس الى تغيير هذا الموقف ، ولم يمض شهران بعد حكم Bandinière السابق ، حتى جاءت الجمعية العامة لقسم القضاء L'assemblée plénière du contentieux بحكم يحوى التطور المنشود وقد كان ذلك فى قضية Teyssier[1] ، حيث كان الأمر يتعلق كما فى قضية Moineau السابقة بأحد الأطباء ، وكانت المسألة محل البحث ليست هى الطرق الطبية المستعملة وانما الاساءة الى كرامة المهنة نتيجة لعقد وقعه مع عيادة جمعية من جمعيات الاغاثة المتبادلة (٢) ولكن مجلس الدولة قرر أنه ليس هناك أى اساءة الى كرامة المهنة وذلك لأن الأفراد الذين انضموا أو ينضمون الى الجمعية انما يختارون – بذلك – بملء حريتهم طبيبهم المعالج وبالتالى فليس هنالك أى اعتداء على الصالح العام على الأطباء أو على اعتبارهم وبالتالى فانه لا يصح قانونا توقيع أى جزاء تأديبى . ويلاحظ أن مجلس الدولة لم يترك تقدير الوقائع ووصفها القانونى لقاضى الموضوع كما فعل آنفا وانما راقب بنفسه ذلك التكييف وانتهى الى عكس ما وصل اليه قاضى الموضوع . وقد سادت نفس هذه الروح الحكم الصادر فى قضية Le Bris (٣) حيث نقض مجلس الدولة حكما فى قضايا التطهير لانتفاء الأساس القانونى .

١٦٠– وقد صدرت أحكام عدة بعد ذلك تؤيد الاتجاه الجديد للمجلس وهو بسط رقابته على تقدير الوقائع وتكييفها القانونى ؛ فمثلا

(١) C. E. 16 mai 1947, D. 1948, J, 556,

(٢) Société de secors mutuel.

(٣) C. E. 27 Juin 1947, D. 1948, J. 556.

أصدر مجلس الدولة حكما فى قضية Levaux[١] ويتعلق أيضا فى شئون التطهير والتعاون مع الأعداء أثناء الحرب . ولم يترك فيه لقاضى الموضوع حرية تقدير الوقائع من حيث وصفها بأنها أعمال تعاون مع العدو أم لا وانما قرر هو بنفسه « أن المجلس قد تبين أهمية الأعمال التى قامت بها المؤسسة للأعداء ومدتها ..» وبنفس الروح أصدر المجلس حكمه فى قضية Lefèvre[٢] .

١٦١— وقد تأكد هذا الاتجاه الجديد بحكم أصدرته أيضا الجمعية العامة لقسم القضاء فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٨ فى قضية Dubois وهو يقضى بنقض حكم قضى بحرمان صاحب عمل employeur من كل وظيفة نقابية لأنه كان قد خدم مشروعات الأعداء « بنشاطه المهنى منذ يونيه سنة ١٩٤٠ وبآرائه الخاصة بالانتاج الأوروبى والمتطابقة مع آراء المحتل » . وقد كان سبب نقض الحكم هو عدم كفاية التسبيب اذ أن اللجنة التى أصدرت حكمها ملزمة بأن تحدد الوقائع التى اتخذتها كأساس لتقديرها حتى تمكن المجلس من مزاولة رقابة المشروعية التى يملكها . فمعنى هذا أن قاضى الموضوع ليس له حرية تقدير الوقائع كما يشاء ، وان مهمة التقدير انما تدخل فى رقابة المشروعية contrôle de la légalité التى يجب على المجلس القيام بها .

١٦٢— فما هو نطاق « رقابة المشروعية » التى تحدث المجلس عنها فى هذا الحكم ؟ فى الواقع أنها تتعدى حدود الوصف القانونى المجرد[٣] in abstracto ويمكن القول بأنها ليست سوى وزن كل الظروف والوقائع التى تثبت ماديا ومعرفة ما اذا كانت تلك الظروف والوقائع تسمح بالوصول الى النتيجة التى انتهى اليها الحكم . أى أن تقدير الوقائع والظروف انما هو in concreto

---

(١) C. E. 2 juillet 1947.

(٢) 12 déc. 1947.

(٣) أنظر تعليق الرئيس Josse السابق .

واذا تذكرنا حدود رقابة المجلس فى الطعن بالالغاء لوجدنا أن ماوصل اليه المجلس فى صدد الطعن بالنقض انما هو تقريبا نفس ما سبق أن وصل اليه فى صدد الطعن بالالغاء .

١٦٣– ولنا بعد أن استعرضنا كل هذه الأحكام ملاحظتان :

(أولهما) أنه فى معظم القضايا التى ترك المجلس فيها تقدير الوقائع لقاضى الموضوع بغير معقب عليه كان الأمر يتعلق بمسألة فنية من الصعب على المجلس أن يفصل فيها ، مثلا كتقدير الوسائل الفنية المستعملة فى العلاج ومدى مطابقتها مع كرامة المهنة (١) والمجلس اذ يترك لقاضى الموضوع حرية وصف وتقدير الوقائع فانما يترك الحكم فى مسائل فنية لرجال فنيون أكثر منه تخصصا للفصل فى ذلك ، ولعل ذلك هو السبب الذى حدا بالمشرع الى اقامة هذه الجهات القضائية الفنية وتخويلها مهمة الفصل فى مثل تلك المسائل (٢) .

(ثانيهما) أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى الذى بسط به رقابته على تقدير الوقائع ووصفها القانونى ولو أنه مشوب ببعض التردد الا أنه متناسب مع سنة التطور والتدرج التى سار عليها المجلس منذ انشائه فى توسيع اختصاصه وبسط رقابته سواء فى ذلك قضاء الالغاء أو قضاء التعويض أو قضاء النقض .

١٦٤– وخلاصة القول الآن فيما يتعلق بالمرحلة الثانية من مراحل الحكم فى النقض وهى مرحلة التكييف القانونى للوقائع فان مجلس الدولة قد انتهى الى بسط رقابته عليها شأنه فى ذلك شأن محكمة النقض تقريبا . حقاً أن هذه الأخيرة قد تعتبر أنها قد ذهبت الى مدى أوسع ولكن سنة التطور السريع التى حكمت قضاء المجلس منذ انشائه لاشك ستدفعه الى الوصول سريعا الى نفس ما وصلت اليه محكمة النقض بل وقد يسبقها فى ذلك .

---

(١) أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسى Madame Pinelli-Monnet: 27 déc 1947.

(٢) راجع بحث Dupuy السابق .

١٦٥- اما عن المرحلة الثالثة : وهى مرحلة الوصول الى الحكم باجراء حكم القاعدة القانونية على وقائع ثبت سلفا أنها ليست غير صحيحة ماديا ، وثبت أيضا تكييفها القانونى فهى مما يدخل تحت رقابة مجلس الدولة ، اذ عليه أن يبحث عما اذا كان هنالك قاعدة قانونية acte-règle تحكم هذا النوع من الوقائع ثم يجرى مقتضاها بعد ذلك . فاذا كانت مثلا تحدد أنواعا معينة من الجزاءات فعليه أن يتبين أن الجزاء الذى وقع يندرج تحت حكم المادة .

أى أن مايفعله مجلس الدولة هو أن يتبين عما اذا كانت الوقائع التى ثبت أنها ليست غير صحيحة ماديا ne sont pas matériellement inexacts مقدرة فى مجموعها in concreto تصلح أساسا قانونيا base légale للحكم المطعون فيه .

١٦٦- موقف المحكمة الادارية العليا فى مصر : قلنا أن الطعن الادارى بالنقض فى فرنسا قد تأثر بأمرين :

(أولهما) الطعن المدنى بالنقض .

(وثانيهما) الطعن بالالغاء أمام مجلس الدولة .

ولكن الطعن الادارى بالنقض فى مصر قد تأثر أولا وأخيرا بالطعن بالالغاء حتى غدا مثله تماما لا يفترق عنه الا فى أنه يوجه الى حكم قضائى صادر من محكمة ادارية لا الى قرار صادر من جهة ادارية . وقد كان من نتيجة ذلك أن تماثلت رقابة المحكمة الادارية العليا - كقاضى نقض - مع رقابة قاضى الالغاء من حيث الغلط فى الوقائع ، وهذه الرقابة أكثر عمقا من رقابة قاضى النقض المدنى وتكاد تكون أبعد عمقاً عما وصل اليه مجلس الدولة الفرنسى كقاضى نقض ، واننا لنؤيد المحكمة العليا كل التأييد فى هذا الاتجاه الموفق الذى دفع اليه بغير شك ضيق طرق الطعن الادارية لدينا عما هو الحال فى فرنسا .

١٦٧– وقد عبرت المحكمة العليا عن رأيها فى حكم من الأحكام ذات المبادىء (١) فقالت : ومن حيث أنه ليس لمحكمة القضاء الادارى أو المحاكم الادارية ، فى دعوى الالغاء سلطة قطعية فى فهم « الواقع » أو « الموضوع » تقصر عنها سلطة المحكمة الادارية العليا ، والقياس فى هذا الشأن على نظام النقض المدنى هو قياس مع الفارق ، ذلك أن رقابة محكمة القضاء الادارى والمحاكم الادارية على القرارات الادارية هى رقابة قانونية تسلطها عليها لتعرف مدى مشروعيتها من حيث مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون وهذا بدوره هو عين « الموضوع » الذى ستتناوله المحكمة الادارية العليا عند رقابتها القانونية لأحكام القضاء الادارى ، فالنشاطان وان اختلفا فى المرتبة الا أنهما متماثلان فى الطبيعة ، اذ مردهما فى النهاية الى مبدأ المشروعية ، تلك تسلطه على القرارات الادارية وهذه تسلطه على هذه القرارات ثم على الأحكام » .

اذن : فسلطة المحكمة العليا فيما يتعلق بالغلط فى الوقائع هى نفس سلطة قاضى الالغاء فى هذا الشأن ، فما هى سلطة قاضى الالغاء بالنسبة للمراحل الثلاث التى سبق أن تحدثنا عنها ؟

١٦٨– المرحلة الأولى : الرقابة على مادية الوقائع : استقر قضاء الالغاء على رقابة مادية الوقائع أى على صحة الوقائع من الناحية المادية اذا ذكرت فى القرار الادارى .

وقد تذكر الوقائع التى دفعت الى اتخاذ القرار الادارى اما لأن القانون قصر اتخاذ مثل هذا القرار بناء على دوافع أو بواعث معينة motifs فأمست هذه الوقائع بمثابة « دوافع أو بواعث قانونية » واما أن تذكر الادارة الدوافع التى حدت بها الى اتخاذ القرار دون أن تكون ملزمة بذلك .

---

(١) حكم المحكمة العليا فى الطعن رقم ١٥٩ لسنة ١ ق جلسة ٥ نوفمبر ١٩٥٥ . نشر فى المجموعة ص ٤١ ، نفس المبادىء بالحكم الصادر فى الطعن رقم ٢٠ لسنة ٢ ق . جلسة ٥ نوفمبر ١٩٥٥ . المجموعة ص ٦٤ .

ولقاضى الالغاء رقابة على مادية الوقائع فى كلا الحالتين : فى الحالة الأولى يكون عدم توافر الدوافع أو البواعث القانونية l'absence des motifs légaux عيبا يشوب القرار الادارى وذلك لانهيار شرط من الشروط الأساسية التى تطلبها القانون فى مثل هذا القرار .

وفى الحالة الثانية يكون عدم صحة الوقائع بمثابة انهيار الأساس المنطقى لعدم توافر الدوافع أو البواعث التى تمسكت بها الادارة l'inexistence des motifs invoqués .

١٦٩– وقضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى مستقر على هذا ، ولم يكن منتظرا من المحكمة الادارية العليا فى مصر الا أن تسير على هذا النهج وقد فعلت ، وقالت فى أحد أحكامها ذات المبادىء [1] :

« ومن حيث انه وان كان القرار التأديبى ، كأى قرار ادارى آخر ، يجب أن يقوم على سبب يبرره ، فلا تتدخل الادارة لتوقيع الجزاء الا اذا قامت حالة واقعية أو قانونية تسوغ تدخلها وللقضاء الادارى أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع ، وصحة تكييفها القانونى ، الا أن للادارة حرية تقدير أهمية هذه الحالة والخطورة الناجمة عنها ، وتقدير الجزاء الذى تراه مناسبا فى حدود النصاب القانونى المقرر .

« ومن حيث أن رقابة القضاء الادارى لصحة الحالة الواقعية أو القانونية التى تكون ركن السبب تجد حدها الطبيعى فى التحقق مما اذا كانت النتيجة التى انتهى اليها القرار فى هذا الشأن مستخلصه استخلاصا سائغا من أصول تنتجها ماديا أو قانونيا . فاذا كانت منتزعة من أصول غير موجودة أو كانت مستخلصة من أصول لاتنتجها ، أو كان تكييف الوقائع على فرض وجودها ماديا لاينتج النتيجة التى يتطلبها القانون ، كان القرار فاقدا لركن من أركانه هو ركن السبب ووقع مخالفا للقانون ، أما اذا كانت النتيجة مستخلصة استخلاصا سائغا من أصول تنتجها ماديا وقانونا فقد قام القرار على سبب وكان مطابقا للقانون » .

---

(١) الطعن رقم ١٥٩ لسنة ١ ق . جلسة ٥ نوفمبر ١٩٥٥ . المجموعة ص ٤١ .

ويستخلص من هذا أن لقاضى الالغاء – ولقاضى النقض الادارى وقد سار على نهج قاضى الالغاء – أن يراقب صحة قيام الوقائع التى كانت تكون الدوافع أو البواعث les motifs التى دفعت الى اتخاذ القرار الادارى ، فاذا اتضح أن القرار الادارى قد بنى على وقائع غير موجودة ، أو على وقائع موجودة ولكنها لاتؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها القرار الادارى كان القرار الادارى معيبا لوجود غلط فى الوقائع erreur de fait ولم تتناول المحكمة العليا فى حكمها السابق هذا فقط ، بل تناولت صحة تكييف الوقائع والخطأ فى تكييفها القانونى ، وهذا هو موضوع المرحلة الثانية .

١٧٠– المرحلة الثانية : التكييف القانونى للوقائع : وقد استقر قضاء الالغاء أيضا على رقابة صحة التكييف القانونى للوقائع اذا ذكرت فى القرار الادارى فاذا ما استندت الادارة على وقائع معينة لتوقع جزاء على أحد موظفيها ، كان لقاضى الالغاء – فضلا عن التحقق من صحة هذه الوقائع من الناحية المادية – التحقق من صحة تكييفها القانونى ، أى أنها يمكن أن توصف فعلا من الناحية القانونية بأنها جريمة تأديبية ، وقد حدث أن أقيل عمدة فى فرنسا بحجة أنه لم يسهر على الآداب فى موكب جنائزى ولكن مجلس الدولة الفرنسى قرر أن الوقائع المنسوبة اليه بعضها غير صحيح لأنه لم يوجد (وهذا غلط فى الوقائع) وبعضها لايكوّن قانونا خطأ تأديبيا ، وهذا غلط فى القانون تأتى عن التكييف الخاطىء للوقائع التى كانت دافعا وباعثا motifs للقرار الادارى[١] وقد اعتنقت المحكمة الادارية العليا نفس المبادىء كما يتضح بجلاء من حكمها السابق .

١٧١– المرحلة الثالثة : وهى مرحلة الوصول الى الحكم : أى اجراء حكم القاعدة القانونية على وقائع معينة ذات وصف معين . وهذه المرحلة تدخل دائما وفى جميع الأحوال فى حدود رقابة قاضى الالغاء ، سواء كان الأمر بالنسبة للادارة يدخل فى حدود الاختصاص المقيد competence liée أم فى حدود السلطة التقديرية .

---

(١) Camino : C.É. 14 Janv. 1916. S. 1922. 3. 10. Concl. Corneille.

أما بالنسبة للاختصاص المقيد فلا صعوبة فى الأمر ، فالقانون يحتم على الادارة اتخاذ قرار معين اذا توافرت شروط معينة ، فاذا توافرت تلك الشروط وجب اتخاذ ذلك القرار . فاذا رفضت الادارة كان قرارها بالرفض معيبا جديرا بالالغاء .

ولكن الأمر قد يثير صعوبة بالنسبة للسلطة التقديرية فان القانون قد يوجب على الادارة اذا أرادت أن تتخذ قراراً معينا أن تبنيه على وقائع معينة ، ولكن اذا توافرت هذه الوقائع فالادارة حرة فى أن تتخذ هذا القرار أو لاتتخذه وهذا هو الحال بالنسبة لسلطة تأديب الموظفين : فلكى يوقع جزاء تأديبى على موظف يجب أن تبنيه الادارة على وقائع صحيحة ماديا تمثل قانونا خطأ تأديبيا ، ولكن اذا ارتكب الموظف هذا الخطأ التأديبى فالادارة غير ملزمة قانونا بتوقيع الجزاء عليه ، بل لها أن تعفو عنه أو تكتفى بالتنبيه عليه بألا يعود لمثل ذلك مرة أخرى . وعلى الرغم من وجودنا فى نطاق السلطة التقديرية للادارة فان رقابة قاضى الالغاء لاتنحسر تماما ، فاذا ما وقعت الادارة جزاء على موظف ما ، كان لقاضى الالغاء أن يتحقق من مادية الوقائع وصحة تكييفها القانونى ثم من أن الجزاء الموقع على الموظف يدخل فى حدود سلطة الرئيس الذى وقع الجزاء . فاذا كان لرئيس معين أن يوقع جزاء يصل فى أقصاه الى خصم خمسة عشر يوما من راتب الموظف ، فليس له أن يوقع جزاء بخصم عشرين يوما ، لأنه يجاوز سلطته الممنوحة له وبالتالى يكون قراره جديرا بالالغاء .

فرقابة قاضى الالغاء اذن توجد فى الحالين : الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية ، ولكن على نطاق مختلف .

١٧٢ـ وبمقارنة النقض المدنى الفرنسى ، والنقض الادارى الفرنسى من ناحية ، والنقض الادارى المصرى من ناحية أخرى ، نجد أن رقابة قاضى النقض الادارى فى مصر هى أوسع نطاقا وأبعد عمقاً ، اذ أنها تشمل بغير تردد مراحل الحكم الثلاث بينما لاتشمل رقابة النقض الفرنسى المرحلة الأولى (مرحلة مادية الوقائع) وليس من المتوقع أن تشملها مستقبلا مع

وجود النص القانونى المانع ، أما النقض الادارى الفرنسى فقد تردد كثيرا فى سحب رقابته على المرحلة الثانية وهى أهم المراحل الثلاث ، ويكاد يصل الآن الى ذلك ولكن مع بعض التحفظ .

وانا لنؤيد المحكمة الادارية العليا فيما وصلت اليه وحبذا لو أباح القانون لذوى الشأن الطعن فى الأحكام مباشرة لديها بغير المرور بطريق هيئة المفوضين ، مع فرض غرامة على من يخفق فى طعنه ، فان ذلك أدعى الى اطمئنان المتقاضين مع عدم اغراق المحكمة العليا بالطعون الأمر الذى قد يعوقها فى أداء مهمتها الكبيرة .

بعد ذلك ، علينا أن ندرس بشىء من التفصيل الصورة الرابعة من صور مخالفة القانون وهى انتهاك حجية الشىء المقضى به .

١٧٣– مخالفة قوة الشىء المقضى به [١] : ان انتهاك حجية الشىء المقضى به انما تعتبر فى مجال الطعن بالالغاء نوعا شديدا من أنواع مخالفة القانون كسبب من أسباب الطعن بالنقض فنحن فى غير حاجة الى نص آخر لينص على امكان الطعن فى حالة مخالفة حجية الشىء المقضى به . وعلى أى حال فقد أغنانا قانون مجلس الدولة المصرى عن كل نقاش فنص على حالة مخالفة القانون كما نص على حالة مخالفة قوة الشىء المقضى به (م ١٥) . ويلاحظ أن الاعتداء على حجية الشىء المقضى به قد يكون فيما يتعلق بالاجراءات in procedendo وأما أن يكون متعلقاً بأصل الدعوى in judicando ويتمثل الاعتداء فى الحالة الأولى اذا ما حاول القاضى بعد اصدار الحكم المساس به بالتعديل والالغاء ، واما مقتضى الحالة الثانية فهو اعتبار ماجاء به الحكم صحيحا وعنوانا للعدالة .

١٧٤– وقد نص القانون فى م ١/١٥ ، على جواز الطعن بالنقض « اذا صدر الحكم خلافا لحكم سابق حائز لقوة الشىء المحكوم به سواء دفع بهذا الدفع أو لم يدفع » . ولكن هل يشترط حتما أن يكون الحكم السابق النهائى اداريا أى صادراً من محكمة ادارية أم أن هذا النص قد جاء ليضع

---

(١) راجع على الأخص De Font. Réaulx المرجع السابق ص ١٩٤ وما يلى .

جزاء لانتهاك حجية الشيء المقضى به سواء أكان الحكم السابق جنائيا أو مدنيا أو اداريا ؟ اننا نرى أن الأخذ بالتفسير الضيق وقصر حماية النص على الأحكام الادارية النهائية فيه ارهاق بين للقانون وقصور عن تحقيق معنى العدالة . ولذلك فاننا نفضل الأخذ بالتفسير الواسع استنادا على أن النص قد جاء مطلقا « على خلاف حكم سابق » فلا داعى للتحديد بغير محدد .

١٧٥— ونحن ، وقد فضلنا الأخذ بالتفسير الواسع ، يلزمنا الآن أن ندخل شيئا من التحديد باستعراض الأحكام السابقة الحائزة لحجية الشيء المقضى به والتى اذا جاء حكم ادارى على خلافها أدت الى الطعن فيه بالنقض .

١٧٦— أولا : قد يكون الحكم السابق النهائى صادرا من محكمة ادارية : اننا نعتقد ان كل حكم نهائى صادر من محكمة ادارية انما يكون ذا حجية بالنسبة لجميع المحاكم الادارية اذا توافرت شروط حجية الشيء المقضى به وهى اتحاد الخصوم les parties والمحل l'objet والسبب cause القانونى الذى بنيت عليه الدعوى ، أعنى أن كل حكم صادر من محكمة ادارية انما يفرض احترامه على جميع المحاكم الادارية الأخرى وذلك اذا حاول نفس الخصوم عرض نفس الموضوع وبنفس السبب من جديد . أما اذا تغير الخصوم مثلا فيمكن حل النزاع وبنفس السبب أمام المحكمة الادارية نفسها أو غيرها . وفى هذا يقال أن حجية الحكم نسبية l'autorité relative de la chose jugée أى أنها قاصرة على الأطراف أنفسهم ولكن يأتى بعد ذلك نص المادة ١٧ قائلا « ولكن الأحكام الصادرة بالالغاء تكون حجة على الكافة » . أى أن الأحكام الصادرة من محكمة ادارية بالغاء قرار ادارى لا تكون قاصرة — كالنوع الأول من الأحكام — على الأطراف أنفسهم وانما تكون حجة على الناس كافة أى أن حجية الحكم مطلقة وليست نسبية l'autorite absolue de la chose jugée فمثلا اذا أصدرت محكمة ادارية حكما بالغاء قرار ادارى فلا يمكن لمحكمة أخرى أن تقضى لموظف استنادا على وجود نفس القرار الملغى بحجة أن هذا الموظف لم يكن طرفا فى دعوى الالغاء الأولى ، فما دام الحكم قد صدر بالالغاء فان القرار الادارى يعتبر منتهيا بالنسبة لأطراف الخصومة وبالنسبة لسواهم .

فالقاعدة : ان للأحكام الادارية الصادرة من محكمة ادارية لها بالنسبة للمحاكم الادارية الأخرى حجية نسبية أى بين الخصوم أنفسهم (اذا اتحد السبب والموضوع) والاستثناء فيما يتعلق بالأحكام الصادرة بالالغاء فيكون لها حجية مطلقة أى بالنسبة للكافة .

١٧٧ـ ثانيا : قد يكون الحكم السابق النهائى صادرا من محكمة مدنية [١] أما عن هذه الأحكام النهائية الصادرة من محكمة مدنية فقد حاول البعض استبعاد كل حجية لها ـ حتى الحجية النسبية ـ أمام المحاكم الادارية وذلك طبقا لاستقلال كل من جهة القضاء العادى والادارى عن الاخرى حتى أن بعض الفقهاء قد نادى بأن أحكام كل جهة ليست لها ـ كقاعدة عامة ـ حتى الحجية النسبية أمام الجهة الأخرى . وأقول أن ذلك كان كقاعدة عامة ، أى أن لها بعض الاستثناءات . ويجمع الكثيرون فى الوقت الحاضر على فقد هذه القاعدة التى قد تؤدى الى بعض التناقض بين أحكام المحاكم العادية والادارية [٢] .

أما أهم الاستثناءات التى تدخل على هذه القاعدة فهو الاستثناء المتعلق بالأحكام الصادرة فى المسائل السابقة على الفصل فى الدعوى والضرورية للفصل فيها les questions préjudicielles فقد يحدث أن توقف المحكمة الادارية الفصل فى نزاع معين حتى يفصل القضاء العادى فى مسألة تدخل فى اختصاصه ، فاذا أصدر القضاء العادى هذا الحكم وأضحى نهائيا بانتهاء مواعيد الطعن فيه فان المحكمة الادارية تلتزم بالأخذ به . والقول بغير ذلك انما يهدم الحكمة التى من أجلها يوقف السير فى الدعوى كما يحمل اعتداء على قواعد الاختصاص .

ولكن يلاحظ أنه لكى تلتزم المحكمة الادارية بحكم المحكمة المدنية يجب أن يكون هذا الحكم الأخير نهائيا وصادرا فعلا فى مسألة سابقة على الفصل فى المنازعة الادارية وضرورية للفصل فيها question prèjudicielle.

---

(١) Lacoste : De la chose jugceen matière civile, criminelle ct adm. mies à jour par Bonnecarrere 1914. no.; Lafanière op. cit. t 1 p 504

(٢) جيز : المبادىء العامة ... جزء أول ص ٣٠٩ .

١٧٨– ثالثا : الأحكام النهائية الصادرة من القضاء الجنائى [١] : هذه الأحكام بخلاف الأحكام المدنية يفرض احترامها على المحاكم الادارية ويكون لها ليس فقط حجية نسبية وانما حجية مطلقة . وقد ظلت هذه القاعدة موضع شك فترة طويلة لعدم وجود حكم صريح من مجلس الدولة يؤيدها ولكن ذلك الحكم قد صدر فى ١٢ يونيه سنة ١٩٢٩ فى قضية Vesin [٢].

والواقع أن هذه القاعدة تقتضى منا التأييد ، وذلك لأن هنالك أسباب قانونية قوية تدعو للأخذ بها أهمها قوة الضمانات الممنوحة للمتهم وكون الاجراءات الجنائية أشد إحكاما ، وهى نفس الأسباب التى أدت الى فرضها بالنسبة للقاضى المدنى ، اذ كلنا يعرف أن هذا الأخير مقيد — كقاعدة عامة — بما تصدره المحاكم الجنائية فى نفس الدعوى .

ولكننا اذا سلمنا بوجود القاعدة ، ثم أيدنا الأخذ بها ، وجب علينا أن نخص نطاقها ببعض التحقيق : فان القاضى الادارى يلتزم بعدم مخالفة ما قرره القانون الجنائى صراحة فمثلا فى حالة ادانة موظف فى جريمة اختلاس أموال أميرية لا يقبل من المحكمة الادارية أن تنتهى فى حكمها الى براءة هذا الموظف وبالتالى الى الغاء القرار الادارى الصادر ضده بالفصل مثلا ، لأن ذلك فيه مخالفة صريحة مباشرة لمضمون الحكم الجنائى ، أما اذا برأ الموظف من جريمة عمدية فلا بأس على المحكمة الادارية اذا هى انتهت الى وجود أخطاء faute تؤدى الى رفض الغاء قرار تأديبى صادرا ضده لأنه ليس هنالك أى تعارض بين الحكمين : اذ أن مقتضى الحكم الجنائى هو نفى العمد فقط ولكنه لم يتعرض للخطأ فيصح قانوناً للقاضى الادارى أن ينتهى الى الأخذ به ، ولكن اذا أنتهى القاضى الجنائى الى أن المتهم لم يرتكب اهمالا ما فانه فى اعتقادنا يصعب كثيرا على القاضى الادارى أن ينتهى فى حكمه الى رفض الغاء قرار تأديبى مبنى على ركن الاهمال ، وأقول يصعب ولا يستحيل لأن قانون الوظيفة قد يفرض التزامات مهنية أوسع نطاقا من الالتزامات التى يفرضها القانون الجنائى .

---

(١) Hébraud : L'autorite de la chose jugée au criminel sur le civil. page158 et ss.

(٢) داللوز ١٩٣٠ – ٣ – ٢ . تعليق فالين .

١٧٩ـ القاعدة هى أن القاضى الادارى كالقاضى المدنى مقيد بما يقرره القاضى الجنائى ، ولكن لهذه القاعدة استثناء هام فى القانون الفرنسى فيما يتعلق بلوائح البوليس : فلو أن القاضى الجنائى قرر صحة لائحة ادارية معينة وأدان المخالف لها بعقوبة ما ، فان مجلس الدولة لا يتقيد وهو ينظر فى تلك اللائحة كقاضى الغاء بذلك الحكم وله أن يقضى ببطلانها وبالتالى بالغائها . وكذلك الأمر اذا تبين للقاضى الجنائى أن اللائحة مشوبة بالبطلان وامتنع عن تطبيقها فان للقاضى الادارى ألا يتقيد بذلك الحكم ويحكم بصحة تلك اللائحة وبالتالى يرفض الطعن بالالغاء الموجه ضدها .

١٨٠ـ وهذا الاستثناء فى الواقع أمر يؤسف له اذ قد يؤدى الى تناقض غير محمود بين الأحكام القضائية الأمر الذى تتأذى منه العدالة كل التأذى فقد يحكم على شخص ما بعقوبة لمخالفة لائحة معينة ، أصبحت باطلة بالنسبة للكافة erga omnes ومن تاريخ صدورها بناء على حكم من مجلس الدولة ... وذلك لأن الحكم الجنائى الذى يصبح نهائيا لا يمكن الغاوءه حتى ولو تقوض الأساس الذى قام عليه بابطال اللائحة التى حوكم المتهم بناء عليها(١).

١٨١ـ رابعا : الأحكام النهائية الصادرة من القضاء العادى حتى ولو كانت مشوبة بعدم الاختصاص تقيد القضاء الادارى : هذه القاعدة التى قد تبدو مخالفة للمنطق قد استقر عليها قضاء محكمة النقض الفرنسية ومجلس الدولة الفرنسى منذ عهد بعيد جدا يرجع الى أيام اعادة الملكية بعد الثورة الفرنسية ، ومضمونها الكامل أنه اذا فصلت احدى جهتى القضاء فى نزاع هو من اختصاص الجهة الأخرى ثم اكتسب هذا الحكم قوة الشىء المقضى به ، فان على جميع الجهات القضائية أن تحترمه رغم مايشوبه من عدم الاختصاص . فهنا نشاهد تنازعا بين قاعدتين : قاعدة قوة الشىء المقضى به ، وقاعدة الفصل بين جهتى القضاء العادى والادارى فكانت الغلبة للقاعدة الأولى على الثانية (٢).

---

(١) أنظر دويز وديبير ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨ فى الهامش .

(٢) أنظر دويز وديبير ، المرجع السابق نبذة رقم ٤٢٧ ص ٢٨٢ .

المبحث الخامس

حالة الانحراف بالسلطة

Le Detournement de pouvoir

١٨٢– كنا قد أوضحنا آنفا أن الطعن بالنقض فى فرنسا قد تأثر بالأصول الفنية التى وضعتها محكمة النقض الفرنسية والتى استعارها مجلس الدولة ، كما قد تأثر بظروف النظام القانونى الجديد الذى دخل فيه وأعنى به نظام القضاء الادارى ومجلس الدولة .

وها نحن نرى فى بحثنا لهذا العيب الأخير صدى لتلك الحقيقة التى أوضحناها آنفا ، فان عيب الانحراف بالسلطة فى المعنى الذى قرره مجلس الدولة لم تسلم به محكمة النقض الفرنسية أبدا كحالة من حالات الطعن بالنقض فهل كان الأمر كذلك بالنسبة للنقض الادارى ؟

١٨٣– أبدى الفقيه الفرنسى الكبير Laferrière رأيه فى هذا الشأن ويتلخص فى أن عيب الانحراف بالسلطة يكون غير مقبول أمام مجلس الدولة كقاضى نقض ، لأن حياد القضاة ونزاهة القضاء شديدا الصلة بنظام القضاء كله وأنه من غير المقبول والمعقول أن نسلم قانونا بأن القاضى يمكن أن يتجه فى قضائه اتجاها آخر لغرض بعيد عن الغرض الذى من أجله خوله القانون سلطة القضاء .

١٨٤– هذا الرأى الذى ينفى امكان قبول الانحراف السلطة كعيب يعيب الحكم الادارى النهائى اعتنقه عدد كبير من الفقهاء الفرنسيين ان لم يكن الغالبية الساحقة فيهم ، وقد أوضح المسيو De Fout-Réaulx [1] فى رسالته سنة ١٩٣٠ وجهة نظره التى يؤيد فيها رأى لافريير ، وهوالرأى الذى سار عليه القضاء حتى ذلك الوقت (أى سنة ١٩٣٠) فلم يصدر أى حكم يقبل الانحراف بالسلطة كعيب ضد الحكم الادارى النهائى . بل أن المشرع نفسه قد حرص على ألا ينص على خلاف ذلك فى التشريعات

---

(١) ص ١٥٩ وما يلى .

التى أصدرها فان المادة ٣٥ من القانون الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩١٩ التى كانت تنص على حالة الانحراف بالسلطة بين العيوب التى ان شابت أحكام « قضاء المعاشات » juridiction de pensions أجازت الطعن فيها بالنقض قد عدلت ليحذف منها ذلك بالمادة ٤٢ من مرسوم ٢ سبتمبر سنة ١٩١٩ ، والطريف أن مجلس الدولة الفرنسى لم يطرأ على قضائه تغيير يعادل ذلك التغيير التشريعى فهو فى كلا الحالين بعد وقبل التعديل لم يأخذ بهذا العيب كوسيلة من وسائل الطعن بالنقض فى تلك الأحكام .

١٨٥– والواقع أن عيب الانحراف بالسلطة لايتلاءم ولا يمكن تصوره بسهولة فى أحكام قضائية[1] ، وان كان الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للأوامر الادارية ، ذلك لأن رجل الادارة تختلف مهمته عن مهمة القاضى فبينما نرى الأول اما بدافع الضعف الانسانى وحب استغلال النفوذ يحاول أن يحيد فى تصرفاته عن الغاية التى رسمها القانون لمثل ذلك التصرف واما بباعث حميد من الرغبة فى خدمة المرفق الذى يعمل به الى أقصى حد نرى الثانى على غير ذلك غير ملزم الا بتبيان وجه الصواب وانزال حكم القانون فيما يعرض عليه من قضايا . فالأصل ألا تكون له مصلحة خاصة تبتعد به عن الغاية التى حددتها القواعد القانونية .

١٨٦– وقد ظل مجلس الدولة الفرنسى على هذا الرأى حتى قيام الحرب العالمية الثانية ، حقاً ... يمكن أن يقال أن المجلس قد بحث فى بعض القضايا عن بذور الانحراف بالسلطة لينتهى الى القول بعدم وجوده ولكن ذلك لم يتكرر كثيرا ولم يحدث الا فى قضية واحدة لا يمكن أن يستخلص منها أن المجلس قد خالف قضاءه السابق وخالف رأى الفقه : فقد حدث فى قضية[2] Desson-Corneille et autres أن حكم المجلس بأنه ليس هنالك «عيب خاص بالقرار المطعون فيه» vice propre de la décision فى حالة ما اذا حذر رئيس اللجنة الاقليمية لاعادة التخطيط العقارى la commission

---

(١) De Font-Réaulx المرجع السابق .

(٢) مجلس الدولة الفرنسى فى ١١ يوليه ١٩٣٣ فى مجموعة لوبون ص ٧٧٦ .

ذوى المصلحة من تصرفات départementale de reconstitution foncière.
بعض الأشخاص الذين ينتحلون أنفسهم مظهرا رسميا de mettre en garde
les intéressés contre les agissements de certains individus se
وقد رأى بعض الفقهاء (١) أن هذا donnant des allures officielles,
« العيب الخاص بالقرار المطعون فيه » الذى نفى المجلس وجوده
ما هو الا الانحراف بالسلطة .

١٨٧ــ ولكن مجلس الدولة الفرنسى لم يستمر فى هذا الاتجاه الى النهاية ففى أثناء الحرب العالمية الثانية ، وبمناسبة نظر الأحكام الصادرة من الجهات القضائية المهنية بدأ المجلس يبحث بصراحة أوضح وجود عيب الانحراف بالسلطة . ولعل السبب فى ذلك أن تلك الجهات القضائية لم تكن مجردة عن التحيز والهوى فاضطر المجلس – حماية لمرفق العدالة ورعاية لصالح المتقاضين –أن يعدل عن قضائه السابق وفى حكمه الصادر فى قضية Gremeau فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٤٣ (٢) تساءل مجلس الدولة فى صراحة ووضوح عما اذا كان المجلس الأعلى لنقابة الأطباء قد استعمل سلطاته لغاية أخرى غير تلك التى من أجلها منحت اليه تلك السلطات . ويمكن القول أن المجلس بهذا الحكم قد أعرب بغير شك عن استعداده لنقض الاحكام الادارية الصادرة من جهات ادارية قضائية بناء على عيب الانحراف بالسلطة ، الأمر الذى فعله بوضوح وصراحة شديدين فى قضية Martin du Magny بحكمه الصادر فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٥ (٣) قال فيه :

" Le Conseil d'Etat relève que la décision de cet organisme (la Chambre de discipline du Conseil National de l'ordre des Médecins) a été essentiellement inspiré par le désir de la chambre de discipline de s'opposer, dans l'intérêt particulier de la majorité des medecins à la création ou au maintien des cabinets multiples ".

وبهذين الحكمين قرر المجلس صراحة أن اساءة استعمال السلطة يمكن أن

(١) أنظر Barjot بارجو ، البحث السابق ص ٦٧ ؛ Liet-Veaux سيرى ١٩٤٧ – ٣ – ٥٣
(٢) لوبون ص ٢٢ ، سيرى ١٩٤٤ – ٣ – ٢٨ .
(٣) مجموعة لوبون ص ٤٤ .

تكون حالة رابعة من حالات الطعن بالنقض ، فى الأحكام الادارية ، الأمر الذى لم يحدث على الاطلاق فى قضاء محكمة النقض الفرنسية وهى تراقب أحكام المحاكم .

١٨٨ــ ولكن هل استمر المجلس فى قضائه هذا ، وماذا كان موقف الفقه ازاء هذا التحول الجديد ؟ .

قال البعض (١) أن الوقت لم يحن بعد لمعرفة ما اذا كان المجلس سوف يستمر فى قضائه هذا وان كان من المسلم به أنه اذا فعل فسوف يلغى أحد العناصر الأساسية التى استخلصها الفقه لتمييز الطعن بالنقض . واعتمد فقيه آخر هو الأستاذ Liet-Veaux على هذا القضاء ليبنى رأيا مقتضاه أن الطعن بالنقض ماهو الاطعن بالالغاء وخلص من ذلك الى وجوب الغاء الطعن بالنقض قائلا :(٢) "Les recours en cassation meurt de trops servir" واعترف فقيه آخر (٣) بأن المجلس قد نسف حاجزا هاما كان يقف عقبة فى طريق تشابه الطعنين : الطعن بالنقض والطعن بالالغاء .

١٨٩ــ ولكن مجلس الدولة لم يستمر ازاء تخوف الفقه فى هذا الاتجاه الجديد فعدل عنه ربما ليحفظ للطعن الادارى بالنقض ذاتيته الخاصة الى جانب الطعن بالالغاء ، وسجل هذا العدول بحكمين متتالين : فقد حكم المجلس فى ٢٠ يوليه سنة ١٩٥١ (٤) بأن اساءة استعمال السلطة ليست من الحالات التى يمكن بناء الطعن بالنقض عليها . وبحكم حديث آخر فى قضية Giloteaux(٥) فى ٦ مارس سنة ١٩٥٣ قرر المجلس بوضوح أن عيب الانحراف بالسلطة لايقبل كسبب من أسباب البطلان التى يبنى عليها الطعن بالنقض ضد حكم صادر من جهة قضائية ادارية فقال :

"Considérant que le moyen tiré d'un prétendu détournement de pouvoir n'est pas recevable à l'appui d'un pourvoi en cassation dirigé contre une décision d'une juridiction administrative... Art. 1: La requête du sieur Giloteaux est rejyctée.

---

(١) بارجو ، البحث السابق ؛ ص ٦٨ .

(٢) تعليقه السابق فى سيرى ١٩٤٧ – ٣ – ٥٤

(٣) Dupuy البحث السابق ص ٥٣١

(٤) D. 1951. Sommaire 82.

(٥) D. 1953. J. 445.

١٩٠ــ وبهذين الحكمين الحديثين المتتاليين يمكن القول بأن مجلس الدولة الفرنسى قد عدل عن ذلك الرأى الذى عنّ له فى فترة الحرب وما بعدها ، وأراد أن يعود الى الرأى الذى نادى به الفقه منذ عهد Laferrière وهو عدم قبول اساءة استعمال السلطة كسبب يبيح الطعن بالنقض فى أحكام القضاء الادارى .

١٩١ــ أما فى مصر : فان الطعن بالنقض لا يمكن ــ فى اعتقادنا ــ أن يبنى على أن هذا العيب ، عيب الانحراف بالسلطة ، قد شاب الحكم المطعون فيه ، وذلك لسببين : أحدهما شكلى والآخر منطقى .

فأما السبب الشكلى أو الرسمى : فيرجع الى وجود نص المادة ١٥ من قانون مجلس الدولة المصرى التى لم تذكر الانحراف بالسلطة بين الأحوال التى ذكرتها ــ على سبيل الحصر ــ والتى أجازت فيها الطعن بالنقض .

وأما السبب المنطقى أو الموضوعى : فيرجع الى طبيعة الأحكام محل الطعن بالنقض :

فان الأحكام التى يطعن فيها بالنقض فى فرنسا هى الأحكام الصادرة من جهة ادارية ذات اختصاص قضائى لا من المحاكم الادارية التابعة لمجلس الدولة والتى يطعن فيها بالاستئناف لا النقض ، وهذه الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى قد يتصور فيها اساءة استعمال السلطة ، ولكن الحال فى مصر يختلف تماما ، فالأحكام محل الطعن بالنقض انما تصدر من محكمة القضاء الادارى المشكلة من مستشارين تتوافر فيهم ضمانات القضاء ويجتمع لهم ما يدعو الى اطمئنان الخصوم وثقتهم ، والمحاكم الادارية وهى مشكلة من شباب القضاة الذين لا يقلون عن المستشارين نزاهة وبعدا عن الميل الى الهوى ، فأحكام هؤلاء وأولئك لايتصور العقل بسهولة أن تكون مشوبة بعيب الانحراف بالسلطة .

ولهذا كان من الطبيعى والمنطقى ألا تذكر المادة ١٥ الانحراف بالسلطة كحالة رابعة يجوز الطعن فيها بالنقض .

الفصل الثالث

الآثار المترتبة على الطعن بالنقض

١٩٢– فى هذه المرحلة ، يظهر أيضا بوضوح الخلاف الشديد بين الطعن بالنقض فى القانون الادارى الفرنسى ، والطعن بالنقض فى القانون الادارى المصرى ، ذلك الخلاف الذى كانت نقطة البدء فيه أن النقض الادارى الفرنسى قد تأثر كثيرا بالأصول الفنية للنقض المدنى بينما جعلت المحكمة الادارية العليا من النقض الادارى المصرى طعنا عاديا بالالغاء يوجه ضد حكم ادارى .

١٩٣– ويلاحظ أنه اذا ماتقدم الطاعن بطعنه الى مجلس الدولة كقاضى نقض أى الى المحكمة الادارية العليا فى مصر فان مصير الطعن لايتعدى أحد أمور ثلاثة :

(١) اما ألا يقبل الطعن شكلا ، أى يحكم فيه بعدم القبول irrecevable وفى هذه لا يمكن للمحكمة بداهة أن تتعرض للموضوع .

(٢) قد يكون الطعن مقبولا ، ولكن المحكمة تقضى فى الموضوع بالرفض rejet .

(٣) وقد يكون الطعن مقبولا شكلا وموضوعا فتقضى المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه ، والواقع أن الاحتمال الثانى والثالث هما اللذان يستحقان منا بعض التفصيل . فنفرد لكل منهما مبحثا مستقلا .

١٩٤– وقبل أن نمضى بعيدا فى استعراض هذين المبحثين يحسن بنا أن نذكر فى ايجاز المبادىء التى قررتها المحكمة العليا بصدد الطعن بالنقض فى القانون الادارى المصرى .

(١) فقد قررت أنها هى التى تفصل – دائما – فى الطعون ولا تحيلها كالنقض المدنى الى محكمة أخرى للفصل فيها .

(٢) وأنها غير مقيدة بأسباب الطعن التى تقدمها هيئة المفوضين ، وأن الطعن ، مجرد الطعن فى حكم من الاحكام يفتح الباب على مصراعيه أمام المحكمة العليا لتنظر فى الحكم المطعون فيه من جميع نواحيه وليس فقط من النواحى التى طعنت فيها هيئة المفوضين .

(٣) لهيئة المفوضين أن تتقدم بأسباب جديدة للطعن غير تلك التى أبدتها فى عريضة الدعوى وذلك على اعتبار أن رأى هيئة المفوضين — كما قالت المذكرة الايضاحية وردده المجلس فى كثير من أحكامه — « تتمثل فيه الحيدة لصالح القانون وحده الذى يجب أن تكون كلمته هى العليا.. » .

(٤) أن الطعن يعيد الموضوع برمته الى المحكمة العليا ، فسلطتها كمحكمة نقض تساوى تماما سلطة قاضى الالغاء ، فليس لهذا سلطة أوسع منها أبدا ، وكذلك الأمر بالنسبة للمنازعات التى تدخل فى ولاية القضاء الكاملة .

المبحث الأول

رفض الطعن موضوعا

١٩٥— من المبادىء المقررة فى فرنسا أن مجلس الدولة اذا وجد أن الطعن بالنقض مبنى على غير أساس قضى برفضه ، وقد يجد أن الحكم المطعون فيه ولو أنه مبنى على أسباب بعضها خاطئة الا أنه قد انتهى الى منطوق صحيح فيقوم المجلس حينئذ باستبدال أسباب صحيحة بالأسباب التى يراها باطلة substitution des motifs ، وهو لايستطيع أن يفعل ذلك الا اذا تعلق الأمر اما بسبب متعلق بالنظام العام ، أو بسبب سبق عرضه على قاضى الموضوع (١).

أما فى مصر فان المحكمة الادارية العليا وقد جعلت من الطعن بالنقض طعنا عاديا بالالغاء ، فهى تتمتع لذلك بحرية أوسع فلها أن تستبدل بجميع الأسباب التى ذكرها الحكم المطعون فيه أسبابا جديدة تراها أصلح قانونا لتأسيس الحكم .

(١) C.E. 9 janv. 1929, Poiré; 11 oct. 1939 Florin, D. P. 1930. 3. 9. note. P. L. J.

١٩٦ــ ومن المبادىء المقررة فى فرنسا أن الحكم الصادر برفض الطعن بالنقض ــ ككل حكم قضائى ــ يتمتع بقوة خاصة هى حجية الشىء المقضى به وهى حجية نسبية autorité relative أى قاصرة فقط على نفس الطاعن ونفس الأسباب التى بنى عليها النقض ، أعنى أن نفس الطاعن لايمكنه أن يقدم طعنا جديدا مبنيا على نفس الأسباب ولكنه يستطيع أن يقدم طعنا آخر ويبنيه على أسباب جديدة ، كما يمكن لغيره من أطراف الخصومة أن يقدم طعنا مؤسسا على نفس أسباب الطعن المرفوض أو غيرها من الأسباب كل ذلك مع مراعاة الشرط الهام الخاص بميعاد الطعن اذ أن الحكم فى الطعن لايصدر عادة الا بعد فوات الميعاد ، وبذلك يتعذر تجديده سواء من الطاعن أو من غيره (١).

١٩٧ــ وهذه المبادىء تطبق لدينا فى مصر ، مع مراعاة أن الطاعن ، هو دائما هيئة المفوضين وأن لها أن تزيد أسبابا جديدة غير تلك التى أبدتها فى عريضة الطعن ، وتطبيقا للقواعد السابقة يصح للطاعن أن يقدم طعنا جديدا بعد رفض الطعن الأول ، ولكنه يجب أن يبنيه على أسباب لم تقدم لا فى عريضة الطعن ولا بعد ذلك ، اذا أمكن مراعاة الشرط الخاص بميعاد الطعن . ولكن تحقق هذا الشرط عملا هو فى حكم المستحيل ، اذ أن الحكم فى الطعن عادة لا يصدر الا بعد فوات ميعاد الطعن بمدة طويلة ، فضلا عن أن هيئة المفوضين وقد اعترف لها بحرية واسعة فى تقديم أسباب جديدة غير التى أبدتها فى عريضة الطعن ليست فى حاجة الى تقديم طعن جديد .

المبحث الثانى

قبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه

١٩٨ــ اذا وجد المجلس أن الطعن قد بنى على أسباب قانونية صحيحة وأن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون ، فانه يقضى بقبول الطعن موضوعا ونقض الحكم . ويلاحظ أن الحكم الصادر بنقض الحكم المطعون فيه يثير عددا ضخما من المسائل القانونية أكثر من تلك التى تثار فى حالة رفض الطعن .

---

(١) De Font-Réaulx المرجع السابق .

ويرجع ذلك الى أن الحكم الصادر فى الحالة الأولى يرتب آثارا ايجابية على خلاف الحكم الصادر برفض الطعن . وسندرس هذه الآثار الايجابية فى فرنسا ثم فى مصر .

١ § فى فرنسا

١٩٩ــ تتلخص هذه الآثار الايجابية فى فرنسا فى أمرين :

(أولا) اعادة الأشياء الى ماكانت عليه قبل صدور الحكم المطعون فيه .

(ثانيا) اعادة القضية الى محكمة أخرى للنظر فيها من جديد .

٢٠٠ــ أولا : اعادة الأشياء الى ماكانت عليه قبل صدور الحكم المطعون فيه : ان الحكم الصادر بقبول الطعن موضوعا يشتمل قطعا على الغاء جزئى أو كلى للحكم المطعون فيه . ويلاحظ أن هذا الالغاء لايشمل فقط المنطوق وانما أيضا الأسباب المتعلقة به . وأول الآثار الايجابية المترتبة على ذلك هو زوال جميع الآثار القانونية التى ترتبت على الحكم المنقوض وبأثر رجعى فلا يمكن تنفيذه بل ويجب الغاء كل ما تم من اجراءات التنفيذ اذا كان قد بدأ فيها وبالتالى فان أطراف الخصومة يجدون أنفسهم فى نفس الحالة التى كانوا عليها قبل صدور الحكم المنقوض .

ويلاحظ فى هذا الشأن أمران :

أولهما : أن نقض الحكم قد لايكون كاملا فلا ينقض كله وانما ينقض جزء منه . ويجب أن تنص المحكمة صراحة على هذا النقض الجزئى لأن الأصل هو النقض الكلى ويجب أن ينص صراحة اذا أريد أن يكون الأمر على خلاف ذلك .

ثانيهما : أن نقض الحكم يضع الخصوم فى نفس الحالة التى كانوا عليها قبل صدور الحكم المنقوض أعنى أن تبقى جميع الأعمال السابقة عليه .

٢٠١ــ ثانيا : اعادة القضية الى محكمة أخرى للفصل فيها من جديد : اذا نقض مجلس الدولة الفرنسى حكما من أحكام الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى حق لنا أن نتساءل عن أمور ثلاثة :

(١) هل سيحكم المجلس بنفسه فى موضوع القضية أم يعيدها الى محكمة أخرى للفصل فيها ، وهل تجب هذه الاعادة دائما ؟

(٢) وفى حالة الاعادة ما هى المحكمة المختصة بالنظر فى القضية ، هل يجوز أن تكون هى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم المنقوض ، أم هل يجب أن تكون محكمة أخرى ؟ أم دائرة أخرى فى نفس المحكمة ؟

(٣) هل تلتزم المحكمة التى تعاد اليها القضية باتباع المبادىء القانونية التى قررها قاضى النقض وما جزاء مخالفة ذلك ؟

٢٠٢ــ (١) هل تجب الاعادة دائما : الأصل أن تعاد القضية الى محكمة أخرى للفصل فيها ، أعنى أن الأصل هو ألا يتولى مجلس الدولة الحكم بنفسه فى الموضوع .

ولكن طبقاً لما يراه الفقيه الفرنسى الكبير لافريير ، ومن بعده المسيو روميو Romieu مفوض الدولة فى مذكرته فى قضية Botta [١] يمكن لمجلس الدولة أن يحكم فى القضية بغير اعادة الى محكمة أخرى اذا لم يعد هنالك شىء للحكم كما اذا كان الحكم المطعون فيه هو الحكم فى الاختصاص فقضى مجلس الدولة بنقض الحكم وعين المحكمة المختصة فليس ضروريا أن تعود القضية الى نفس المحكمة الأولى لتقرر عدم الاختصاص[٢]. حقا لقد صدرت أحكام من مجلس الدولة الفرنسى على خلاف ذلك كما هو الحال فى قضية Dlle Morin [٣] حيث رأينا إحالة القضية على نفس المحكمة التى أصدرت الحكم الأول وهى طبقا لما رآه قاضى

---

(١) C. E. 8 Juillet 1904, Rec p. 558

(٢) De Font-Réaulx ص ٢٠٩ وما يلى .

(٣) C. E. 5 Août. 1927, S. 1927, 3. 128

النقض غير مختصة نوعيا ratione materiæ لتقضى هى بعدم اختصاصها ، وعلى الرغم من وجود هذا الحكم الا أن الفقه الحديث يرى انه وان كان الأصل أن تعيد محكمة النقض القضية الى محكمة أخرى لتحكم فيها الا أنه يمكن لها أن تتولى هى بنفسها الحكم فى الدعوى [١]. وقد أصدر مجلس الدولة الفرنسى فى قضية[٢] Le Bris حكما طريفا رفض به أن يعيد القضية وحكم هو بنفسه فيها وذلك لأن المحكمة التى أصدرت الحكم أصرت على رأيها ولم تتبع المبادىء القانونية التى قررها المجلس فى نقضه لنفس الحكم فى مرة سابقة .

٢٠٣ــ (٢) ماهى المحكمة المختصة بالنظر فى القضية ؛ القاعدة المقررة فى فرنسا فى المواد المدنية والتجارية هى احالة القضية الى محكمة أخرى من نفس الجهة القضائية ونفس درجة المحكمة التى أصدرت الحكم المنقوض لا الى دائرة أخرى من نفس المحكمة ولا الى نفس الدائرة . ولكن مجلس الدولة الفرنسى أصدر فى قضية Société Dickson, Walrawe et Cie[٣] حكما من الأحكام ذات المبادىء قرر فيه : « أنه اذا كانت هنالك بعض النصوص التشريعية أو اللائحية قد حددت فى بعض الحالات الشروط التى يجب أن يتم طبقا لها الفصل فى قضية بعد نقض الحكم فيها ، فان أى قاعدة عامة من قواعد المرافعات لا تمانع ــ فى حالة عدم وجود نصوص من ذلك النوع ــ من أن نفس القضاة الذين ألغى حكمهم لمخالفته للقانون يجلسون للمداولة من جديد فى نفس القضية » وطبقاً لهذا الحكم يصح أن تحال القضية الى نفس الدائرة من نفس المحكمة للنظر فيها من جديد ، وقد أيد بعض الفقهاء [٤] هذا الرأى تأييدا واضحا ولم يروا فيه أى خطر يتهدد العدالة الادارية وقد بنوا رأيهم على أنه ما دامت المحكمة المحال عليها الدعوى ملزمة قانونا باتباع المبادىء القانونية التى قررها المجلس فلا جناح أن يجلس نفس القضاة ليفصلوا فى نفس القضية ، واذا كانت القاعدة

---

(١) أنظر بارجو ، البحث السابق ص ٧٠ ، دويز وديبير المرجع السابق ص ٤١١ .

(٢) C.E. 1 Juin 1945, Rec 259

(٣) C.E. 12 nov. 1926. Rec p. 963

(٤) De Font.Réaulx ؛ المرجع السابق ص ٢٠٧ .

المقررة فى المرافعات المدنية على خلاف ذلك فما هذا الا لأن المحكمة لا تلتزم باتباع المبادىء التى جاءت بحكم محكمة النقض (وانما تلتزم بعد ثانى نقض بحكم الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض) . وقد قرر الحكم السابق أنه يصح لبعض القضاة الذين جلسوا فى دائرة النقض أن يجلسوا فى المحكمة المحالة عليها الدعوى للفصل فيها[1] . ومن مجموع ما قرره هذا الحكم نرى أن المحكمة المختصة هى كقاعدة عامة نفس المحكمة التى صدر منها الحكم المطعون فيه ولا يلتزم رئيس المحكمة باحالة القضية الى دائرة أخرى بل يصح لنفس الدائرة بنفس التشكيل أن تنظر فى القضية من جديد .

٢٠٤ــ (٣) هل تتقيد المحكمة المختصة برأى محكمة النقض ، وهل يكون تقييدها فى نفس القضية أم فى كل قضية تعرض بعد ذلك ؟

القاعدة فى فرنسا بالنسبة للقضاء المدنى هى ألا تتقيد المحكمة المختصة المحالة عليها الدعوى (وهى محكمة أخرى غير المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه) بالمبادىء القانونية التى تقررها محكمة النقض فاذا نقض الحكم للمرة الثانية تنظر القضية أمام الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض وفى هذه الحالة تلتزم المحكمة المحالة اليها الدعوى برأى الدوائر المجتمعة فى هذه القضية وحدها ولكنها لا تلتزم قانونا بتطبيق نفس المبادىء فى قضية أخرى مماثلة ، وان كان الأمر لايخلو من اجبار أدبى قوى . هذه القاعدة تطورت نتيجة لظروف وتطور تاريخى بدأ من عهد الثورة الفرنسية التى كانت لاتثق فى المحاكم القضائية وكان انعدام الثقة ناتجا عما فعلته المحاكم القضائية المسماة بالبرلمانات (وهى تقابل محاكم الاستئناف) فى العهد القديم من مساوىء وخاصة عندما منحت نفسها الحق فى اصدار لوائح تشريعية ملزمة ، فلما جاءت الثورة وخلقت محكمة النقض حرمت عليها سلطة تفسير القانون تفسيرا ملزما بالنسبة لنزاع معين فاذا أصرت المحكمة المحالة عليها الدعوى بعد النقض الثانى على رأيها فان المشرع نفسه هو الذى كان يختص باصدار تفسير بقرار تشريعى[2] .

---

(١) De Font-Réaulx ؛ المرجع السابق ٢٠٨ وما يلى .

(٢) المرجع السابق .

٢٠٥ــ هذه الظروف التاريخية التى لعبت دورا ضد المحاكم القضائية لم توجد بالنسبة للمحاكم الادارية ونظام مجلس الدولة فكان من الطبيعى أن تختلف النتيجة هنا عما كانت عليه ، وبحكم شهير فى قضية Botta [١] أصدر مجلس الدولة الفرنسى مبدأ هاما فى هذا الصدد بناء على مذكرة مفوض الدولة الكبير Romieu ، وطبقا لهذا الحكم تلتزم المحكمة المختصة باتباع المبادىء القانونية التى قررها مجلس الدولة كقاضى نقض ، ليس بعد النقض الثانى كما هو الحال فى المواد المدنية بل فور النقض الأول : فاذا أصدرت محكمة ادارية حكما ، وطعن فيه بالنقض أمام مجلس الدولة ، وقرر المجلس نقض الحكم فان المحكمة الادارية المحالة عليها القضية تلتزم فورا باعتناق المبادىء القانونية التى قررها المجلس ، ولا يحق لها أن تخالفها وتنتظر نقضا جديدا حتى تسلم بها . ولكن التزامها هذا لايكون الا فى قضية واحدة هى التى نقض الحكم الصادر فيها أولا ، أما بالنسبة للقضايا الأخرى فالمحكمة حرة ــ قانونا ــ فى أن تتبع أو لا تتبع ماجاء به قضاء المجلس من مبادىء وأقول حرة قانونا ، وان كان الواقع أنها ملزمة أدبيا باتباع تلك المبادىء فيما يجد من قضايا .

ويعتبر الفقه والقضاء فى فرنسا هذه القاعدة كقاعدة عامة ــ غير مكتوبة ــ من قواعد المرافعات ناشئة عن نفس طبيعة نظام النقض [٢]، فوجود محكمة عليا فوق المحاكم انما يراد به توحيد المبادىء التى تطبق فى نفس النوع من القضايا مراعاة لمصلحة اجتماعية عليا هى مساواة الجميع أمام العدالة .

٢ § فى مصر

٢٠٦ــ أما فى مصر : فالأمر يختلف تمام الاختلاف ، فالمحكمة العليا لاتحيل القضية الى محكمة أخرى للفصل فيها وانما تفصل فيها بنفسها ، ويترتب على ذلك تعديل كبير لما هو متبع فى فرنسا ، بل ونصبح فى غنى عن كثير من المناقشات التى دارت هنالك ، ويغدو الأمر أكثر بساطة ووضوحا .

---

(١) C. E. 8 Juillet 1904. 3. 1905. 3. 81

(٢) De Font-Réoulx : المرجع السابق ص ٢١٠ .

٢٠٧– فأولا : تحكم المحكمة دائما فى الطعن بنفسها ولا تحيل أبدا الى محكمة أخرى – على عكس القاعدة المقررة فى فرنسا تماما – فهى اذا قبلت الطعن شكلا وموضوعا ، نقضت الحكم المطعون فيه فورا ثم تنزل حكم القانون فى الحال على المنازعة الادارية ، الأمر الذى عبرت عنه المحكمة العليا فى أحد أحكامها ذات المبادىء[١] فقالت :

« ومن حيث ان رئيس هيئة المفوضين قد اقتصر فى أسباب طعنه على النقطة الأخيرة دون الأولى الا أن الطعن أمام المحكمة يفتح الباب أمام تلك المحكمة لتزن الحكم المطعون فيه بميزان القانون وزنا مناطه استظهار ما اذا كانت قد قامت به حالة أو أكثر من الأحوال التى تعيبه والمنصوص عليها فى المادة ١٥ من القانون ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فى شأن تنظيم مجلس الدولة فتلغيه ثم تنزل حكم القانون فى المنازعة أم أنه لم تقم به أية حالة من تلك الأحوال فكان صائبا فى قضائه فتبقى عليه وترفض الطعن ، ولما كان الطعن على حكمة تشريعية تتعلق بالمصلحة العامة كشفت عنها المذكرة الايضاحية للقانون المشار اليه باعتبار أن رأى هيئة المفوضين تتمثل فيه الحيدة لصالح القانون وحده الذى يجب أن تكون كلمته هى العليا ، فان لهذه الهيئة أن تتقدم بطلبات أو أسباب جديدة غير تلك التى أبدتها فى عريضة الدعوى ما دامت ترى فى ذلك وجه المصلحة العامة بانزال حكم القانون على الوجه الصحيح فى المنازعة الادارية كما أن للمحكمة العليا أن تنزل حكم القانون على هذا الوجه غير مقيدة بطلبات الهيئة أو الأسباب التى تبديها وانما المرد الى مبدأ مشروعية نزولا على سيادة القانون فى روابط هى من روابط القانون العام تختلف فى طبيعتها عن روابط القانون الخاص » .

٢٠٨– وقد استقر قضاء المحكمة تماما على ذلك بعدة أحكام أصدرتها سواء أكان الأمر يتعلق بقضاء الالغاء[٢] أم بولاية القضاء الكاملة .

---

(١) فى الطعن رقم ١١١ لسنة ١ ق . جلسة ١٩ نوفمبر ١٩٥٥ .

(٢) أنظر الحكم الصادر فى الطعن رقم ٢٩ لسنة ١ ق . جلسة ١٢ نوفمبر ١٩٥٥ ؛ المجموعة ص ٨٥ ؛ الحكم الصادر فى الطعن رقم ١١٠ لسنة ١ ق والحكم الصادر فى الطعن رقم ١٠٩ لسنة ١ ق . المجموعة ص ١٣٣ ؛ الحكم الصادر فى الطعن رقم ١٨٤ لسنة ١ ق . المجموعة ص ١٤٠ ؛ الأحكام الصادرة فى الطعن رقم ١٨٩ لسنة ١ ق وفى الطعن رقم ١٨٣ ؛ ٣٠١ لسنة ١ ق جلسة ١٩ نوفمبر ١٩٠٥ المجموعة ؛ ص ١٤٠ ؛ للطعن رقم ١١ لسنة ١ ق المجموعة ص ٣٦١ .

فبينما يجرى منطوق الحكم فى صدد قضاء الالغاء بما يأتى « فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلا وفى موضوعه بالغاء الحكم المطعون فيه ويرفض طلب وقف تنفيذ القرار الصادر من وزير التربية والتعليم فى ٢ فبراير سنة ١٩٥٥ بالموافقة على نقل المدعى .... وألزمته بالمصروفات الخاصة بهذا الطلب »(١) تقول المحكمة فى صدد المنازعة الخاصة بالمرتبات(٢) : « فلهذه الأسباب ... ... حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلا وفى موضوعه بالغاء الحكم المطعون فيه ثم تقول ... ... وبرفض الدعوى وألزمت المدعى بالمصروفات » فليست هنالك فى الحالين أية احالة ، وانما نشاهد أن المحكمة العليا تقضى دائما فى موضوع المنازعة مباشرة . وقد استقر قضاؤها على ذلك فى الطعن بالالغاء وفى الطعون المتعلقة بولاية القضاء الكاملة(٣) .

٢٠٩ـــ ثانيا : المحكمة غير مقيدة بالأسباب أو الطلبات التى تقدمها هيئة المفوضين فى الطعن بالنقض ، فمجرد الطعن بالنقض يفتح بابا واسعا أمامها للنظر فى الحكم المطعون فيه من سائر نواحيه .

٢١٠ـــ ثالثا : أن هيئة المفوضين قد احتلت فى التنظيم الفنى للطعن بالنقض مكانا ممتازا فهى وحدها التى يحق لها أن تقدم الطعن بالنقض سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ، فضلا عن الدور الهام الذى تقوم به فى تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة وفى ابداء الرأى القانونى المحايد الذى تقدمه فى مذكراتها .

---

(١) الحكم الصادر فى الطعن رقم ٢٦ لسنة ٢ ق . المجموعة ص ٧٩٤ .

(٢) الحكمين الصادرين فى الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ١ ق ؛ والطعن رقم ٢٨٧ لسنة ١ ق .

(٣) أنظر الأحكام الصادرة فى الطعن رقم ٥ لسنة ١ ق جلسة ٥ نوفبر ١٩٥٥ ؛ والطعن رقم ١٦ لسنة ١ ق جلسة ٥ نوفبر ١٩٥٥ ؛ والطعن رقم ٢٧ لسنة ١ ق جلسة ٥ نوفبر ١٩٥٥ ؛ والطعن رقم ١٥٨ لسنة ١ ق جلسة ٥ نوفبر ١٩٥٥ ، والطعن رقم ١٥٨ لسنة ١ ق جلسة ٥ نوفبر ١٩٥٥ ، والطعن رقم ٦ لسنة ١ ق جلسة ١٧ نوفبر ١٩٥٥ .

وقد افترض القانون فى هيئة المفوضين — وبالتالى ألزمها وفرض عليها — أن يكون رأيها نزيها « تتمثل فيه الحيدة لصالح القانون وحده الذى يجب أن تكون كلمته هى العليا » ولكى يساعدها فى القيام بمهمتها أباح لها أن تتقدم بطلبات أو أسباب جديدة غير الطلبات والأسباب التى أبدتها فى عريضة الطعن اذا تبينت أن ذلك يقتضيه التطبيق الصحيح لمبادىء القانون فى المنازعة الادارية .

٢١١— رابعا : الطعن الادارى بالنقض هو طبقاً لقضاء المحكمة الادارية العليا ، طعن عادى بالالغاء يوجه ضد حكم ادارى وبالتالى فان لها كقاضى نقض — كل سلطات قاضى الالغاء فهذا الأخير لايتمتع بسلطة أبعد مدى من سلطتها ولا أكثر عمقاً وقد عبرت المحكمة عن ذلك بقولها :

« ومن حيث أنه ليس لمحكمة القضاء الادارى أو للمحاكم الادارية فى دعوى الالغاء ، سلطة قطعية فى فهم « الواقع » أو « الموضوع » تقصر عنها سلطة المحكمة الادارية العليا ، والقياس فى هذا الشأن على نظام النقض المدنى هو قياس مع الفارق ، ذلك أن رقابة محكمة القضاء الادارى والمحاكم الادارية على القرارات الادارية هى رقابة قانونية تسلطها عليها لتعرف مدى مشروعيتها من حيث مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون ، وهذا بدوره هو عين « الموضوع » الذى ستتناوله المحكمة الادارية العليا عند رقابتها القانونية لأحكام القضاء الادارى ، فالنشاطان وان اختلفا فى المرتبة الا أنهما متماثلان فى الطبيعة ، اذ مردهما فى النهاية الى مبدأ المشروعية ، تلك تسلطه على القرارات الادارية وهذه تسلطه على هذه القرارات ثم على الأحكام » .

ويلاحظ أن وان كان هذا الحكم قد ورد فيما يتعلق بقضاء الالغاء الا أنه حكمه يسرى على المنازعات التى تتعلق بولاية القضاء الكاملة .

---

(١) حكم المحكمة العليا الصادر فى الطعن رقم ١٥٩ لسنة ١ ق . المجموعة ص ٤١ .

المبحث الثالث

حجية الحكم الصادر فى الطعن بالنقض وطرق الطعن فيه

٢١٢ــ أما عن حجية الحكم الصادر من المحكمة الادارية العليا فى الطعن بالنقض فتسرى عليها القواعد العامة المتعلقة بحجية الأحكام الادارية ، وليس هنالك قواعد خاصة بكون الحكم صادراً من محكمة نقض ادارية لأن المحكمة الادارية العليا قد جعلت من الطعن بالنقض فى مصر طعنا عاديا بالالغاء ضد حكم ادارى ، ولذلك فاننا نحيل فى هذا على القواعد العامة التى سوف نبسطها فى آخر الجزء المخصص للطعن بمعارضة الشخص الثالث .

٢١٣ــ أما عن طرق الطعن فيه : فالواقع أنه ليس من بينها الطعن بالاستئناف أو النقض . ليس من بينها الاستئناف لأن حكم المحكمة العليا ليس حكما ابتدائيا ، وليس من بينها النقض لأنها هى نفسها محكمة نقض ادارى ولا يتصور الطعن بالنقض فى حكم صادر من محكمة نقض .

ولكن الالتماس باعادة النظر قد يتصور وجوده ولكن المادة ١٥ من قانون مجلس الدولة قد أقفلت هذا الطريق من طرق الطعن بقولها « ولا يقبل الطعن فى أحكامها بطريق الالتماس اعادة النظر » .

٢١٤ــ ولكن هل يمكن الطعن بالمعارضة ومعارضة الشخص الثالث ؟ ان الحكم الصادر بالنقض من المحكمة الادازية العليا طبقا للتنظيم الفنى المبتدع الذى وضعته له المحكمة يسرى عليه تماما من هذه الناحية ما يسرى على أحكام القضاء الادارى ومجلس الدولة ، ولذلك فاننا نحيل فى هذه النقطة على البابين الآتيين المخصصين لمعارضة الشخص الثالث والمعارضة .

٢١٥ــ ويهمنا أن ننبه فى النهاية الى أن المادة ٣١٤ مرافعات تسرى فى اعتقادنا على أحكام المحكمة الادارية العليا . والمادة ٣١٤ مرافعات ــ وهى التى وردت بعد المادة ٣١٣ التى بينت متى يكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم ــ تنص على أن :

« عمل القاضى أو قضاؤه فى الأحوال المتقدمة الذكر (الواردة فى م ٣١٣) ولو باتفاق الخصوم يقع باطلا ، واذا وقع هذا البطلان فى حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها الغاء الحكم واعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى » .

فاذا كان أحد مستشارى المحكمة العليا قريبا أو صهرا للوزير الذى أصدر القرار الادارى موضوع المنازعة الادارية سرى حكم المادة ٣١٤ مرافعات ، ولا يمكن — فى اعتقادنا — القول بخلاف ذلك بحجة أن الذى يختصم فى الدعوى هو القرار الادارى وليس الوزير .

كلنا واثقون من نزاهة قضاتنا ، ولكن القضاء اطمئنان قبل أن يكون عدلا والمتقاضون يحق لهم ألا يطمئنوا الى قضاء المستشار فى هذه الحالة ، ولذلك فاننا نؤثر تطبيق م ٣١٤ فى جميع الأحوال التى جاءت بها المادة ٣١٣ .

القسم الثانى

طرق الطعن للخصوم الغائبين عن الدعوى

الباب الأول : معارضة الشخص الثالث .
الباب الثانى : المعارضة .

الباب الأول

معارضة الشخص الثالث

La tierce opposition

٢١٦– أثار هذا الطريق من طرق الطعن فى القانون الادارى مناقشات كثيرة فى فرنسا ، وتذبذبت أحكام مجلس الدولة الفرنسى فيه من النقيض الى النقيض لتثبت فى النهاية على حل وسط حاربه البعض فى شدة وعنف ، وأيده البعض الآخر فى تردد .

وعرض الأمر على مجلس الدولة المصرى فثبت فيه منذ البداية على رأى سلبى قاطع وأبى أن يحيد عنه . ولم يبحث الموضوع فى فقهنا الادارى المصرى بحثا مستفيضا بل ولم نجد فى المكتبات العامة الرسالة الوحيدة التى وضعت فى الموضوع وهى Kritter: La tierce opposition .

ومع ذلك فاننا سوف نحاول أن نلم بالموضوع من جميع أطرافه ، ونقول من جميع أطرافه ، لأنه متشعب الأطراف : يتصل من ناحية بقوة الشىء المحكوم فيه ، القوة المطلقة l'autorité absolue ، والقوة النسبية l'autorité relative وهذه بدورها تتصل بتقسيم الطعن من الناحية الشكلية le point de vue formel والناحية الموضوعية le point de vue matériel الأولى تسود فى القضاء الادارى وفيها تقسم الدعاوى الى أربعة أقسام :

١ — الطعن بتجاوز السلطة le recours pour excès dc pouvoir
٢ — دعاوى القضاء الكامل le plein contentieux
٣ — قضاء الزجر أو العقاب repression
٤ — قضاء التفسير l'intérprétation et l'appréciation de la validité

وهذا التقسيم لا يفيدنا اذا حاولنا أن نضع نظرية عامة فائدة التقسيم الذى تسوده الناحية الثانية — وهى التى أوضحت أهميتها مدرسة ديجى Duguit — وفيها يقسم القضاء الادارى الى قسمين : قضاء موضوعى contentieux objéctif وقضاء شخصى contentieux subjectif

٢١٧— وان كان الفقه لم يبحث معارضة الشخص الثالث الا بمناسبة الأحكام الصادرة فى الطعن بتجاوز السلطة أى الطعن بالالغاء ، الا أننا سنحاول أن نعالج الموضوع معالجة شاملة تلم — بقدر المستطاع — بكل نواحيه فى ايجاز .

فهل يوجد هذا الطريق من طرق الطعن فى القانون الادارى المصرى ؟ أعنى هل يمكن الطعن فى أحكام المحاكم الادارية ومحكمة القضاء الادارى بطريق معارضة الشخص الثالث ؟

الفصل الأول

فى القانون الوضعى وأحكام القضاء

٢١٨— قبل أن نجيب على السؤال السابق يجدر بنا أن نستعرض فى ايجاز بعض نواحى هذا الطعن فى القانون العام للاجراءات أى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية وهو الذى يحكم اجراءات المرافعات الادارية عند عدم وجود نص يقضى بغير ذلك أو عند عدم تعارض تلك الاجراءات مع الأصول العامة للقضاء الادارى .

٢١٩— تنص المادة ٤٧٤ مرافعات فرنسى على جواز الطعن بمعارضة الشخص الثالث لكل شخص أضر الحكم بحقوق له ولم يكن حاضرا أو ممثلا فى الدعوى .

"Une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits et lors duquel ni elle, ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés" .

ويجمع الفقهاء فى فرنسا[1] على أن المشرع قد جمع تحت هذا النص طريقين من طرق معارضة الشخص الثالث :

(أولهما) يتضمن حالة الغش .

(وثانيهما) ويتضمن حالة الشخص غير الممثل فى الدعوى بشخصه أو بمن يمثله وناله ضرر من الحكم .

٢٢٠ـ فأما الحالة الأولى : وهى حالة الغش فيمكن أن نتمثلها اذا عرفنا أن الأحكام الصادرة فى مواجهة شخص معين انما تكون حجة على دائنيه العاديين وعلى ورثته créancies chirographairs et héritiers اذا كان تصرف المدين أو المورث بعيدا عن الغش . فاذا داخله الغش كان للدائنين أو للورثة أن يعتبروا أن تصرفات مدينهم أو مورثهم المشوبة بالغش غير سارية inopposable فى مواجهتهم ، فهى صحيحة بين مدينهم والمتعاقدين معه ولكنها فقط غير سارية بالنسبة لهم ، فاذا صدر حكم على المدين أو المورث مبنى على التواطؤ كان للدائنين وللورثة أن يطعنوا فيه بواسطة معارضة الشخص الثالث فهو بمثابة دعوى بوليسية ضد الأحكام .

٢٢١ـ وأما الحالة الثانية : فهى حالة الأشخاص غير الممثلين فى الدعوى بأشخاصهم أو بمن ينوب عنهم وأصابهم ضرر من الحكم فلهم أن يطعنوا فيه بطريق معارضة الشخص الثالث . والطعن فى هذه الحالة كما فى الحالة الأولى انما يهدف الى شىء واحد هو عدم سريان الحكم بالنسبة للطاعن inopposabilité du jugement ، فالحكم فى الحالين يعتبر نافذا لمن صدر لصالحه وضد من صدر عليه ولكنه يعتبر غير سار inopposable فقط بالنسبة للشخص الثالث le tiers opposant .

---

(١) Morel: Traité élémentaire de procédure civile. 2e édit. S. 1949. p. 523 et ss.
Glasson, Morel, Tissier: Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire. de competence et de procédure civile. t 3. 3e édit. 1929, page 534—565.
Garsonnet et Cézar - Bru: Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale t, 6 3e édit. 1915. page 847—926,

ولقد ثار فى فرنسا بصدد الحالة الثانية جدل كثير نقطة البدء فيه أن الأحكام المدنية هى — كقاعدة عامة — ذات أثر نسبى effet relatif فهى بطبيعتها لا تسرى الا بالنسبة لأطرافها فكيف اذن يمكن أن تضر بحقوق الغير ؟ ألا يمكن لهذا الغير أن يدفع الحكم بقاعدة نسبية الأحكام la relativité des jugements وبذلك يكون فى غنى عن رفع هذا الطعن ؟ وقد أدت الاجابة على هذا السؤال الى مناقشات كثيرة وآراء مختلفة ليس لنا أن نعرض لها فى صدد هذا البحث بالتفصيل(١).

٢٢٢— ولقد كان قانون المرافعات المصرى المختلط يأخذ فى المادة ٤١٧ بالصورتين كليهما ، أما قانون المرافعات الأهلى القديم فلم يأخذ لا بهذه ولا بتلك . ولكن عند وضع قانون المرافعات الجديد رأى المشرع أن يأخذ بالصورة الأولى وهى حالة الشخص الذى يحتج عليه بالحكم على اعتبار أنه ممثل فى الخصومة ولكنه يدفع الاحتجاج بالحكم عليه مدعيا أن ذلك الحكم قد بنى على غش أو تواطؤ من يمثله فى الدعوى ، فنص فى م ٤٥٠ من قانون المرافعات على أنه « يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها أن يعترض على هذا الحكم بشرط اثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو اهماله الجسيم وكذلك يجوز للدائنين والمدينين المتضامنين بالتزام غير قابل للتجزئة الاعتراض على الحكم الصادر على دائن أو مدين آخر منهم » . وقد سمى المشرع المصرى هذا الطعن فى قانون المرافعات « اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها » .

٢٢٣— ومما هو جدير بالذكر أن الأستاذ الدكتور مصطفى كامل الأستاذ السابق بجامعة القاهرة بعد أن لخص أحكام قانون المرافعات المصرى فى هذا الصدد قال بصدد هذه الصورة التى جاءت فى التشريع الجديد : « اننا نود اذا عدل قانون مجلس الدولة أن يدخلها المشرع فى التعديل الجديد على الأقل فى الحدود التى أجازها مجلس الدولة الفرنسى »(٢) . وهذا يعنى أن الأستاذ الدكتور مصطفى كامل يرى الأخذ بالصورة الأولى وهى صورة الحكم المبنى على الغش أو التواطؤ فى القانون الادارى المصرى .

(١) أنظر المراجع الفرنسية السابقة وعلى الأخص مؤلف Morel ص ٥٢٤ .

(٢) كتاب مجلس الدولة للدكتور مصطفى كامل . القاهرة . سنة ١٩٥٤ . ص ٣٢٣ .

٢٢٤– ولكننا نخالف الأستاذ الدكتور مصطفى كامل فيما ذهب اليه ونرى غير ذلك ، إذ أن نطاق البحث لا يتحدد أبدا بهذا الشكل ، أعنى أن الصورة التى جاء بها قانون المرافعات المصرى الجديد انما تهم فقط القانون المدنى أى القانون الخاص ، اذ أنها من الناحية الفنية البحتة حالة وكيل وموكل وتواطؤ أو حالة ممثِل وممثَل ، ومردها فى النهاية الى موضوع واحد هو الذمة المالية وحق الضمان العام للدائنين على أموال مدينهم وهذه لو وردت بصدد حكم ادارى أى صادر من محكمة ادارية فانها تتصل ببحث مدنى بحت يهم القانون الخاص ولا يهم القانون العام . فالاستشهاد بهذا النص والقول بوجوب تطبيقه فى القانون الادارى محل نظر كبير فى اعتقادنا ، لا سيما اذا لا حظنا أن الادارة لا تمثل أبدا الأفراد فى المنازعات الادارية فهى فى الغالب الأعم تقوم بدور المدعى عليه لتأخذ دور الدفاع عن تصرفاتها المخالفة للقانون أو الضارة بالأفراد ، وهى بهذا لا تمثل أحدا من الأفراد فكيف يتأتى اذن من الناحية الفنية القانونية وضع الوكيل والموكل والتواطؤ ، ووضع الممـثِل والممَثل والغش؟ الأمر الذى لا جدال فيه ان هذه الصورة بما فيها من حقوق للدائنين على أموال مدينهم حتى لو وردت بصدد حكم ادارى يرتب التزامات مالية فان دراستها تدخل من ناحية الفن القانونى la technique juridique فى دائرة دراسات القانون المدنى والقانون الخاص عموما ، لا القانون الادارى والقانون العام .

٢٢٥– ولكن اذا كانت الصورة الأولى لا تهم القانون العام فان الصورة الثانية تهمه ، وهى التى ينصب عليها بحثنا ، لنصل الى وجودها أو عدم وجودها فى القانون الادارى المصرى والقانون الادارى الفرنسى .

أما بالنسبة للقانون الادارى الفرنسى فاننا نجد أن المادة ٣٧ من المرسوم الصادر فى ٢٢ يوليه سنة ١٨٠٦ تطابق المادة ٤٧٤ مرافعات فرنسى ولم ينص على سريانها صراحة بالنسبة للطعن بتجاوز السلطة (أى الطعن بالالغاء) وانما يفهم أنها تسرى بالنسبة للطعون التى ترفع الى مجلس الدولة بصفة عامة .

وقد أوردت المادة ٧٩ من الأمر الصادر فى ٣١ يوليه سنة ١٩٤٥ نفس النص تقريبا بنفس المدلول العام الذى لا يفهم منه تحديد معين ، والذى قصد أن يكون كذلك ليترك لقضاء مجلس الدولة مهمة التحديد كما يحلو له وكما يطابق سياسته القضائية فنصت على أن :

" Ceux qui veulent s'opposer à des décision du C.E. *rendues en matière contentieuse* et lors desquelles ni eux ni ceux qu'ils représentent n'ont été appelés, ne peuvent former leur opposition que par requête en la forme ordinaire... "

« أولئك الذين يريدون أن يعترضوا على قرارات مجلس الدولة الصادرة فى المواد القضائية » اذ أننا نعرف أن مجلس الدولة يختص بالفتوى وصياغة التشريع كما يختص بالقضاء ، ومعارضة الشخص الثالث انما ترد بصدد « قراراته القضائية » أى أحكامه الصادرة فى المواد القضائية ، وهذه هى العبارة العامة المتروكة بغير تحديد ، فلم يقل المشرع ما اذا كان هذا الطعن يفتح ضد الأحكام الصادرة بالالغاء أو الصادرة برفض الالغاء أو الصادرة فى المسئولية الادارية ... الخ وانما ترك ذلك التحديد لقضاء مجلس الدولة حسبما يراه متمشيا مع قضائه السابق ومتفقاً مع الفن القانونى والأصول العامة للقانون الادارى . ومما لاشك فيه أن هذا المسلك يتمشى كل التمشى مع البناء البريتورى la construction prétorienne الذى اتصف به قضاء مجلس الدولة فى فرنسا .

وخلاصة القول أن النصوص فى فرنسا لا تمنح بصراحة وبشكل محدد ولا تمنع بطريقة مطلقة وانما هى نصوص « مطاطة » تسمح بالمنع والمنح .

٢٢٦— أما فى القانون الادارى المصرى فاننا نجد أن المادة ٨ من أول قانون لمجلس الدولة أى القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ وهى تطابق المادة ٩ من ثانى قانون ينظم مجلس الدولة وهو القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ تنص على أنه « لا يقبل الطعن فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى الا بطريق التماس اعادة النظر فى الأحوال المنصوص عليها فى قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية وتجرى فى شأن هذه الأحكام القواعد الخاصة

بقوة الشيء المقضى به ، على أن الأحكام الصادرة بالالغاء تكون حجة على الكافة » . ويلاحظ على هذا النص أنه نص مانع : لا يقبل الطعن الا بالتماس اعادة النظر . فهو والحالة هذه لا يعطى لمجلس الدولة حرية واسعة فى بناء قضائه الادارى تماثل الحرية المتروكة لزميله فى فرنسا . ولكننا لحسن الحظ نشاهد تطوراً واضحا فى الصياغة عند ما نقرأ القانون الثالث المنظم لمجلس الدولة وأعنى به القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فقد نص بالمادة ١٥ بصدد الطعن بالنقض « لرئيس هيئة مفوضى الدولة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ذوى الشأن ان رأى الرئيس المذكور وجها لذلك ، أن يطعن أمام المحكمة الادارية العليا فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى أو المحاكم الادارية وذلك فى الأحوال الآتية : ... » .

أما عن النص المقابل لنص المادة ٨ من قانون ١١٢ لسنة ٤٦ ، ٩ من قانون ٩ لسنة ١٩٤٩ فنشاهد بصدده تغييرا واضحا فى الصياغة ، فبدلا من النص المانع الذى يقول لا يقبل الطعن الا بالتماس اعادة النظر ... نرى أن المادة ١٦ من القانون الجديد تقول : يجوز الطعن فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى ومن المحاكم الادارية بطريق التماس اعادة النظر فى المواعيد والأحوال المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية » يجوز الطعن بكذا ... بدلا من لا يقبل الطعن الا بكذا ... وفى المادة ١٥ : لرئيس هيئة المفوضين أن يطعن . . . أى أنها مكنة ، له أن يزاولها أو لا يزاولها . فليس هنالك فى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ نص مانع يمنع كل طرق الطعن ما عدا طرقاً معينة ونحن نخلص من هذا الى أن حرية مجلس الدولة المصرى فى ظل التشريع الجديد أوسع بكثير منها فى ظل التشريعين السابقين ، ونحن اذ ننوه بهذه الحرية المستقاة من مقارنة النصوص لا نقطع بضرورة وجود معارضة الشخص الثالث كطريق من طرق الطعن فى القانون الادارى وانما فقط ننوه بجواز بحث وجود هذا الطعن أو عدم وجوده . فى ظل التشريعين السابقين هنالك نص مانع فالبحث فى وجود معارضة الشخص الثالث أو عدم وجودها يعتبر أمرا غير مقبول لأنه لا اجتهاد مع النص المانع . فالعقبة من النص المانع تجعل البحث irrecevable غير مقبول . ولكن البحث يقبل بزوال هذه العقبة ويبقى لدينا أن نحدد

الحالات أو القضاء contentieux الذى يقبل بصدده هذا الطعن .
هذا هو حال النصوص فى فرنسا ومصر . فكيف فسرها مجلس الدولة هنا وهناك ؟ الاجابة على هذا السؤال تقتضينا أن نستعرض أحكام القضاء الادارى فى كلا البلدين .

٢٢٧– يجب أن نتذكر أولا ماقلناه من أن الدعاوى الادارية أمام مجلس الدولة انما تنقسم من الناحية الشكلية الى أربعة أقسام أولها الطعن بتجاوز السلطة أى الطعن بالالغاء ، وأن هذا التقسيم المبنى على الناحية الشكلية انما يعتبر السائد فى القضاء الادارى ، بينما يستعين الفقه الى جانب التقسيم المبنى على الناحية الشكلية ، بتقسيم آخر مبنى على الناحية الموضوعية le point de vue matériel ، وعلى الأخص فى موضوعنا هذا لأن التقسيم الموضوعى انما يعتبر وثيق الصلة بحجية الشىء المحكوم فيه ومن ثم فهو وثيق الارتباط بمعارضة الشخص الثالث .

٢٢٨– ولنتناول الآن الطعن بتجاوز السلطة أى الطعن بالالغاء :
فان الحكم الذى يصدر فيه بالرفض أى برفض الغاء القرار الادارى لا يكون قابلا بطبيعته للطعن فيه بمعارضة الشخص الثالث لسبب بسيط هو أن هذا الطريق من طرق الطعن لا يعرض بصدده أبدا . وذلك لأن الأشخاص الآخرين غير أطراف الخصومة أى الغير les tiers سيكونون قطعا أحد شخصين : اما صاحب مصلحة فى بقاء الأمر الادارى وهذا لن يبحث عن طريق الطعن فى الحكم الذى ترتب عليه عدم الالغاء أى بقاء الأمر الادارى وهذا من البداهة بمكان . واما أن يكون ذا مصلحة فى أن يرى الأمر الادارى ملغيا ، وهذا الشخص ما عليه الا أن يقدم طعنا جديدا فى نفس الأمر الادارى فاذا كان قد تباطأ أو أهمل وانتهى ميعاد الطعن فليس له الا أن يلوم نفسه لا أن يعتمد على رفض طعن شخص آخر ليطعن فى حكم الرفض بمعارضة الشخص الثالث . وفى كلتا هاتين الحالتين لا تعرض مسألة معارضة الشخص الثالث .

٢٢٩– ولكن المسألة ستعرض حقا وقطعا بالنسبة للحكم الذى قضى بالغاء أمر ادارى ، فقد يكون هنالك أشخاص يهمهم بقاء الأمر الادارى ولكنهم لم يستدعوا لسماع رأيهم أثناء نظر الطعن الذى قدم ضد ذلك

الأمر الادارى . هؤلاء الأشخاص يهمهم بغير شك عدم الالغاء ويهمهم أن يفتح القانون لهم طريقا يتفادون به انسحاب آثار الالغاء عليهم . وبهذا الشكل تعرض مسألة معارضة الشخص الثالث كطريق من طرق الطعن : هل يوجد أم لا فى القانون الادارى .

٢٣٠ـ أما عن مجلس الدولة الفرنسى فقد تردد ـ بصدد هذه المسألة ـ بين الرأيين الايجابى والسلبى .

فقد أصدر فى قضية ville de Cannes حكما فى ٢٨ أبريل سنة ١٨٨٢ [١] ربط فيه بين معارضة الشخص الثالث والتدخل intervention وأوضح أن كليهما جائز وأن الأشخاص الذين يحق لهم القيام بمعارضة الشخص الثالث هم نفس الأشخاص الذين يستطيعون التدخل فى أثناء نظر الدعوى ، وبما أن شرط المصلحة المشروعة l'intérêt légitime يكفى لقبول التدخل فان معارضة الشخص الثالث تقبل أيضا من كل ذى مصلحة .

وتتلخص وقائع هذه الدعوى فى أن مدينة « كان » أمضت عقداً مع شركة معينة ، وأصدر المدير قراره بالموافقة على هذا العقد وبذلك أصبح هذا العقد نافذاً بين مدينة « كان » والشركة . ولكن لسبب ما سحب المدير قراره فتعطل بذلك تنفيذ العقد . رفعت الشركة طعنا أمام مجلس الدولة الفرنسى تطلب فيه الغاء قرار المدير بالسحب . حكم المجلس بالغاء ذلك القرار . ولكن يبدو أن مدينة « كان » كانت صاحبة مصلحة فى سحب قرار التصديق على العقد ليبقى العقد غير كامل الانعقاد . فرفعت بدورها طعنا بمعارضة الشخص الثالث ضد حكم مجلس الدولة الذى قضى بالغاء قرار السحب . حكم المجلس باعتبار الطعن مقبولا recevable وقال فى حكمه :

"Sur la recevabilité de la tierce - opposition:— L'arrêté préfectoral [qui a retiré l'approbation] avait été pris sur la demande et dans l'intérêt de la ville de Cannes; ainsi ladite ville

---

(١) مجموعة لوبون ص ٣٨٧ .

avait qualité pour intervenir dans l'instance qui a donné lieu à l'annulation dudit arrêté pour excès de pouvoir, Des lors, la reqûete [en tierce opposition] est recevable ".

أى ما ترجمته « عن قبول معارضة الشخص الثالث : ان قرار المدير (الذى سحب به قراره بالموافقة على العقد) قد اتخذ بناء على طلب وفى مصلحة مدينة « كان » . وبذلك تكون مدينة «كان» ذات صفة فى التدخل فى الدعوى التى أدت الى الغاء القرار لتجاوز السلطة . ومن ثم يكون الطعن (بمعارضة الشخص الثالث) مستحقاً للقبول » .

٢٣١– ومن هذا نتبين بوضوح شديد أن مجلس الدولة الفرنسى قد ربط بين التدخل ومعارضة الشخص الثالث ، وبذلك أمكن الاكتفاء بمجرد المصلحة المشروعة كشرط لقبول الطعن بمعارضة الشخص الثالث . والواقع أن هذا الوضع الذى جاء به مجلس الدولة منتقد غاية الانتقاد لأنه — كما قال چيز — وان كان قانون المرافعات الفرنسى فى المادة ٤٧٤ التى أحال عليها المرسوم الصادر فى ٢٢ يوليه سنة ١٨٠٦ — قد أقام رابطة بين التدخل ومعارضة الشخص الثالث الا أن القضاء لا يجب أن يطبق ذلك بالنسبة للطعن بالالغاء لسبب بسيط هو أنه فى الطعن بالالغاء لايوجد نزاع بين طرفين كما هو الحال فى قانون المرافعات وانما توجد دعوى ضد قرار ادارى وما شرط المصلحة سوى وسيلة للحد من قبول الطعن فى القرارات الادارية .

٢٣٢– وقد علق Laferrière على هذا المسلك المعيب عند معالجته لهذا الموضوع فى كتابه الشهير عن القضاء الادارى فى الجزء الثانى فى طبعته الثانية (ص ٥٨٥) موضحا أنه اذا سلمنا برأى المجلس وربطنا بين التدخل ومعارضة الشخص الثالث أى اكتفينا بمجرد المصلحة لاباحة هذا الطريق من طرق الطعن فمعنى هذا أننا فتحنا الى مالا نهاية طريقاً للطعن فى كل حكم يصدر بالغاء قرار ادارى لأنه لن يوجد أبدا أشخاص ليست لهم مصلحة فى بقاء الأمر الادارى الملغى وذلك فى كل مرة يصدر فيها حكم بالالغاء ، والأخذ بذلك معناه تعديل نظام الطعن بالالغاء تعديلا جوهريا يمس جوهريات الأمور فيه .

٢٣٣– وقد أشار الأستاذ Laferrière بضرورة عمل تفرقة بين شروط قبول التدخل وقبول معارضة الشخص الثالث تتلخص فى أنه وان كان يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى أثناء نظر طعن بالغاء قرار ادارى الا أنه متى صدر الحكم بالالغاء فان معارضة الشخص الثالث لا تقبل الا ممن أضر الحكم بحقوق لهم ، أعنى أنه لايكفى أن يضر الحكم بمصالح مشروعة كما يستفاد من حكم مجلس الدولة السابق(١).

وقد بنى لافريير رأيه هذا لا على اعتبارات علمية ، أو أساس من النظريات التى تبين اختلافا فى الطبيعة بين التدخل ومعارضة الشخص الثالث وانما على اعتبارات عملية هى محاولة الحد من استعمال هذا الطريق من طرق الطعن ، لأنه وان كان عدد ذوى المصلحة المشروعة فى بقاء الأمر الادارى أى الذين يضر الحكم الصادر بالالغاء بمصالح مشروعة لهم كثيرا جدا ، فان عدد أصحاب الحقوق الذين يلحقهم الضرر هو بغير شك أقل من ذلك بكثير .

٢٣٤– ولكننا لا نوافق على هذه التفرقة لأن الأسس العلمية للطعن بالالغاء كطعن موضوعى recours objectif وضع لضمان مبدأ المشروعية le principe de la légalité تحتم جعل الحكم الصادر بالالغاء ساريا فى مواجهة الجميع أى حجة على الكافة erga omnes يستوى فى هذا الذين أضر الحكم بحقوق لهم والذين أضر الحكم بمصالح لهم .

٢٣٥– لذلك فاننا نؤيد رأى مجلس الدولة الفرنسى الذى أبداه فى حكم آخر بعد الحكم السابق نقض به قضاءه الأول وانتهى فيه فيما يتعلق بمعارضة الشخص الثالث الى عدم قبول هذا الطعن اطلاقا ضد الأحكام الصادرة بالالغاء . وكان ذلك بالحكم الصادر فى قضية Ville d'Avignon الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ (٢) بناء على المذكرة الفذة التى قدمها مفوض الدولة Jagerschmidt (٢) والتى دافع فيها عن الحجية المطلقة

---

(١) أنظر لافريير ، القضاء الادارى ، الجزء الثانى ، الطبعة الثانية ص ٥٦٦ .

(٢) مجموعة لوبون ص ٧١٩ .

(٣) أنظر تعليق هوريوفى سيرى ١٩٠٠ – ٣ – ٧٣ .

للحكم الصادر بالالغاء وبنى رأيه هذا على طبيعة الطعن نفسه قائلا :
« ان الطعن بتجاوز السلطة يكون دعوى موجهة ضد قرار وليس ضد أشخاص ، أنه دعوى مرفوعة ضد السلطة العامة ، ومن ثم فلا يكون هنالك مدافعين فى الدعوى ، ليس هنالك مناقشة تجرى فى مواجهة الخصوم ، وانما على الوزير المختص الذى يمثل المرفق العام يقع عبء الدفاع عن الأمر الادارى المهاجم . وهذا مايميز بوضوح الطعن بتجاوز السلطة ... ان المرافعات فى الطعن لا تحتوى على مدافع defendeur بالمعنى الفنى للكلمة » (1).

ثم استمر مفوض الدولة فى مذكرته مطالبا المجلس بالرفض البات لكل طعن بمعارضة الشخص الثالث يوجه ضد أى حكم صادر بالغاء أى قرار ادارى فقال :

"Je crois qu'il faut admettre en cette matière un système radical : celui-là seul a une base juridique solide: la tierce opposition ne saurait jamais admis... La règle *res inter alios judicata* ne s'applique que partiellement — Elle s'applique au sujet des décisions de rejet, mais la décision prononçant l'annulation opère erga omnes, aussi bien à l'égard de l'administration qu' à l'égard des tiers... Or, la tierce opposition prévue par l'art. 474 du Code de procédure civile, voie de recours créée pour mettre en pratique la règle de la relativité de la chose jugée ne saurait être étendue à la matière des excès de pouvoir",

وبعد أن أكد مفوض الدولة فى تلك العبارات القاطعة تعارض الحجة المطلقة للحكم الصادر بالالغاء مع قبول الطعن بمعارضة الشخص الثالث شارحا بافاضة فى مذكرته «الطبيعة الموضوعية» le nature objective للطعن بالالغاء ، استبعد الحجة التى يمكن أن يحتج بها ضده والمستمدة من نص المرسوم الصادر فى ٢٢ يوليه سنة ١٨٠٦ والتى تنص على الطعن ضد أحكام مجلس الدولة قائلا « ان مرسوم سنة ١٨٠٦ قد صدر فى عصر لم يكن الطعن بالالغاء قد عرف فيه بعد » .

---

(1) مجموعة لوبون ص ٧١٩ ، أنظر تعليق جيز فى مجلة القانون العام ١٩١٣ ص ٣٣٤ وما بعدها .

٢٣٦– وقد أصدر مجلس الدولة حكمه مطابقاً لما جاء فى هذه المذكرة الفذة – التى ظلت الى الآن يستشهد بها كل فقيه اذا ما أراد أن يؤكد « الطبيعة الموضوعية » للطعن بالالغاء – جاء فيه « من حيث أن طريق معارضة الشخص الثالث انما يفتح فقط للخصوم ضد الأحكام التى تضر بحقوقهم والتى لم يكونوا قد استدعوا قبل اصدارها بأشخاصهم أو بمن يمثلهم . ومن حيث أن الدعاوى التى ترفع تطبيقاً لأحكام القوانين الصادرة فى ٧ – ١٤ أكتوبر سنة ١٧٩٠ و ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢ (وهى دعاوى الالغاء) ليست لها صفة النزاع بين طرفين ، وانه وان كان المجلس يمكنه أن يقبل الأشخاص الذين يحتجون بمصلحة لهم فى بقاء قرارات السلطة العامة التى تهاجم بالطعن بتجاوز السلطة ليقدموا له ملاحظاتهم قبل الحكم ، فان عدم استعمال أصحاب الشأن لهذه المكنة لا يمكن أن يفتح لهم طريق معارضة الشخص الثالث ليناقشوا من جديد أحكام الألغاء الصادرة نهائيا من مجلس الدولة بالنسبة للكافة ، ويترتب على ذلك عدم قبول معارضة الشخص الثالث المقدمة من مدينة أفينيون ضد حكم مجلس الدولة الذى قضى – بناء على الطعن المقدم من ادارة متحف كالفيه – بالغاء قرارات مدير ... ... » وهذا هو النص الفرنسى للحكم :

" Considérant que la voie de la tierce opposition est ouverte seulement aux parties contres les décisions qui préjudicient à leur droits et lors desquelles ni elles, ni ceux qu'elles representent n'ont été appelées; — Considérant que les instances engagées par applications des dispositions des lois des 7—14 oct. 1790 et 24 mai 1872 n'ont pas le caractère de litiges entre parties; que si le C. E. peut admettre les personnes, qui se prévalent d'un intérêt au maintien des actes de la puissance publique attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir; à lui présenter leurs obsérvation avant le jugement de ces instances, *le circonstance que les intéressés n'auraient pas usé de cette faculté ne peut leur ovurir la voie de la tierce opposition pour remettre en discussion des décision d'annulation rendues définitivement par le C. E. à l'égard de tous;* qu'il suit de là que la tierce opposition de la ville d'Avignon contre la décision du C. E., qui, sur le recours de l'administration du Musée Calvet, a prononcé l'annulation pour excès de pouvoir des arrêtés du préfet de Vaucluse, doit être rejetée comme non recevable..."

٢٣٧- والواقع - أنه كما قال هوريو فى تعليقه على هذا الحكم - أنه لا يكفى أن ننوه فقط بصدد الطعن بالالغاء بغايته النهائية وهى محاربة عدم المشروعية ومخالفة القانون وانما يجب أن نبرز كيف تعرض حالات عدم المشروعية كعيوب للامر الادارى : فهى بغير شك تواجه على أنها عيوب فى الأمر الادارى ذاته ، ليست عيوبا فى القانون ، وليست عيوبا فى الحقوق التى يمكن للقانون - الذى خالفته الادارة - أن يخولها للافراد [١].

وبعبارة أخرى فان الطعن بالالغاء ما هو الا طعن موضوعى ، وسيلة موضوعية من وسائل البطلان un moyen de nullité objectif والسبب فى وضعها بين يدى الأفراد ليس لأنهم أفراد ذوى حقوق يدافعون عن حقوقهم وانما لأنهم - بما يشترط فى رافع الطعن من مصلحة مشروعة - يعتبرون عونا للعدالة قريبى الشبه بالنيابة العامة ، يتصرفون - وهم يحاولون الغاء القرارات الباطلة - فى سبيل المصلحة العامة وحسن الادارة [٢]. واذا كنا قد اشترطنا لقبول الطعن بالالغاء شرط المصلحة فما ذلك الا لنحد من نطاق الأشخاص الذين يحق لهم تقديم الطعن وهذه الصفة الموضوعية للطعن بالالغاء ، كطريق موضوعى للبطلان voie de nullité objective لاتسمح باعطاء صفة « أطراف » فى الخصومة لذوى المصلحة .

والأمر الذى لاشك فيه أن المرء ليشاهد بوضوح دقة التحليل فى كل ماكتب بصدد هذا الحكم : فى مذكرة مفوض الدولة وفى حيثيات حكم المجلس وفى تعليق العميد هوريو ، التحليل الذى لايسمح بفتح معارضة الشخص الثالث كطريق من طرق الطعن ضد الحكم الصادر بالالغاء والذى يسرى بالنسبة للكافة erga omnes .

٢٣٨- ولكن مجلس الدولة الفرنسى للأسف الشديد لم يثبت على هذا القضاء الصائب ، وانما عدل عنه الى قضاء آخر وسط بين قضائه الأول المقرر بحكم ville de Cannes وبين قضائه الثانى الذى تضمنه حكم

---

(١) أنظر تعليق هوريو فى سيرى ١٩٠٠ - ٣ - ٧٣ .

(٢) سيرى ١٩١٤ - ٣ - ٣٣ تعليق هوريو ؛ مجلة القانون العام ١٩١٣ ص ٣٣١ تعليق جيز ؛ دوجى . المطول جزء ٢ طبعة ٣ ص ٤٩٨ .

ville d'Avignon ، فلم يعمد الى فتح الباب على مصراعيه بالاكتفاء بشرط المصلحة ولم يذهب الى اغلاقه نهائيا معتمدا على الطبيعة الموضوعية للطعن بالالغاء وانما أخذ برأى وسط هو الرأى الذى انتهى اليه لا فريير والذى سبق أن أشرنا اليه وهو أن يكون الطعن بمعارضة الشخص الثالث قاصرا على الأشخاص الذين أضر الحكم بالالغاء بحقوق لهم .

٢٣٩– وقد جاء هذا القضاء الوسط بحكم Bossuge فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩١٢ (١) وقد علق عليه هوريو فى سيرى وأشبعه دوجى وجيز نقدا وتشريحا .

وقد قال مجلس الدولة الفرنسى فى ذلك الحكم :

"Considérant que, si, en vertu de l'art. 37 du décret du 22 juillet 1806, toute personne qui n'a été ni appelée ni representée dans l'instance peut former tierce opposition à une décision du C. E. rendue en matière contentieuse, cette voie de recours n'est ouverte, conformément à la règle generale posée par l'art. 474 c. proc., qu'à ceux qui se prévalent d'un droit auquel la décision entreprise aurait préjudicié".

أى ما معناه « من حيث أنه اذا كان طبقا للمادة٣٧من مرسوم ٢٧ يوليه سنة ١٨٠٦ : كل شخص لم يستدع بشخصه ولم يمثل فى الدعوى يمكنه أن يقدم معارضة الشخص الثالث ضد قرار لمجلس الدولة صادر فى المواد القضائية (بعبارة مختصرة ضد حكم لمجلس الدولة) ، فان هذا الطعن لايفتح طبقاً للقاعدة العامة الواردة بالمادة ٤٧٤ من قانون المرافعات الا لأولئك الذين يحتجون بحق ألحق الحكم الصادر ضررا به » .

٢٤٠– ويلاحظ على هذا الحكم أن مجلس الدولة الفرنسى قد بنى قضاءه الوسط الذى جاء به على دعامتين : دعامة صريحة من النص ، وأخرى ضمنية من المنطق . أما الأولى فهى استناد المجلس – بصريح عبارات الحكم – على ظاهر نص المادة ٣٧ من المرسوم الصادر فى ٢٧ يوليه سنة ١٨٠٦ التى تطابق المادة ٤٧٤ مرافعات فرنسى وأما الثانية وهى ضمنية تستخلص من مضمون الحكم أن المجلس يرى أن المنطق يقضى بألا يحتج بالحكم فى مواجهة شخص لم يسمع القضاء دفاعه(١) .

---

(١) جيز . مجلة القانون العام . سنة ١٩١٣ ص ٣٣٨ .

وقد قوبل هذا الحكم من الفقه الفرنسى بضجة ليست هينة ، وأثار تعليقات كثيرة ، واننا لنعتقد أن أول ما يوجه الى هذا القضاء من نقد هو التفرقة التى استمدها من لافريير من فتح باب الطعن لمن أضر الحكم بحقوق لهم على خلاف أولئك الذين أضر الحكم بمصالح لهم وقد قلنا أن هذه التفرقة لم يؤسسها لافريير على أساس من النظريات العلمية وانما على أساس عملى هو الحد من قبول الطعن .

٢٤١— ومما هو جدير بالذكر أن هذا الحكم قد صدر بمناسبة أمر ادارى لائحى على خلاف الحكمين السابقين : فقد كان مدار القضية الأولى هو أمر ادارى فردى هو قرار المدير بسحب قراره بالتصديق على عقد بين مدينة « كان » واحدى الشركات ، وكان مدار القضية الثانية أمراً اداريا فرديا أصدره المدير بعزل مدير متحف Calvet وتعيين خلف له ، أما مدار القضية الثالثة والتى صدر فيها الحكم الثالث Bossuge فقد كان أمراً اداريا لائحيا هو لائحة الادارة العامة règlement d'administration publique التى صدرت فى ٨ أكتوبر سنة ١٩٠٧ تنفيذا للقانون الصادر فى ١١ يونيه سنة ١٨٩٦ الخاص بنظام الأسواق الرئيسية . وقد أصدر مجلس الدولة حكما فى ٧ يوليه سنة ١٩١١ ألغى المادة ٦١ من هذه اللائحة فيما تضمنته من السماح لطائفة تسمى approvisionneurs بالبيع الى جانب طائفة أخرى هى طائفة الزارعين cultivateur (والفرق بين الطائفتين أن الأولى قد اشترت ما تبيع بينما الثانية قد زرعت ما تبيع) أضر هذا الحكم الصادر فى ٧ يوليه سنة ١٩١١ بطبيعة الحال بحقوق الطائفة الأولى (اذ حرمها من البيع الى جانب الطائفة الثانية فى بعض الأسواق) وهو حكم بالالغاء أى ان له حجية مطلقة ويسرى بالنسبة للكافة erga omnes بينما لم يستدعوا هم أو يمثلوا فى دعوى الالغاء ، فطعن أحدهم بمعارضة الشخص الثالث . وبمناسبة هذا الطعن صدر الحكم السالف الاشارة اليه فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩١٢

٢٤٢ – وقد انتقد الأستاذ Jèze جيز هذا الحكم فى شدة وعنف[1] انتقاداً ينصب أيضا على التفرقة التحكمية التى وضعها لافريير . وقد بنى جيز انتقاده على دعامتين :

أولا : أن ذلك الحكم انما يتعارض تعارضا كاملا مع المبادىء العامة فى حجية الشىء المقضى به .

ثانيا : أنه يستند على تفرقة دقيقة جدا – الى حد أنه يراها مستحيلة فى القانون العام – بين المصلحة والحق .

٢٤٣ – أولا : فيما يتعلق بالاعتراض الأول : فان الأستاذ جيز يرى أن المبدأ العام فى حجية الشىء المقضى به هو الحجية المطلقة l'autorité absolue de la chose jugée والاستثناء هو الحجية النسبية l'autorité rélative ، وهذا الاستثناء انما يقبل فقط فى الأحوال التى لايكون فيها للقاضى أن يوجه المرافعات بحثا عن جميع الأدلة المفيدة ، وانما يكون حق تقديم الأدلة قاصرا فقط على الأفراد . فى هذه الأحوال يكون احتمال خطأ القاضى كبيرا لأن الخصوم قد لايقدموا كل الأدلة وقد يحاولون جميعهم أو بعضهم ايقاع القاضى فى الخطأ . ففى هذه الأحوال يجب أن تكون للأحكام حجية نسبية أى قاصرة على الأطراف ، أما الأصل العام أى القاعدة العامة فهى أن تكون للاحكام حجية مطلقة ، فان الدولة عند ما تقيم السلطة القضائية انما تفعل ذلك لأنها تريد للمنازعات أن تنتهى بحل صحيح ، يفرض على الكافة ، أو كما قال مفوض الدولة روميو Romieu فى الحكم الهام الصادر فى قضية Botta فى ٨ يوليه سنة ١٩٠٤[2] « ان القاعدة العامة التى تسود كل تنظيم هو أن الدعاوى يجب أن يحكم فيها ، وأن حومة التقاضى يجب ، فى لحظة معينة ، أن تقفل نهائيا وان النزاع يجب أن يحل قانونا » .

---

(١) أنظر تعليقه السابق . وأنظر له المبادئ العامة فى القانون الادارى الجزء الأول . الطبعة الثالثة سنة ١٩٢٠ . ص ٢٧٠ وما يلى .

(٢) مجموعة لوبون : ص ٥٦٦ .

فى جميع الأحوال التى يكون من حق القاضى ومن سلطته أن يوجه المرافعات ويقودها بحثا وراء جمع الأدلة النافعة ، فى الأحوال التى يكون ذلك من سلطته هو لا من حق الأفراد ، فى هذه الأحوال يكون احتمال خطأ القاضى وعدم وصوله الى الحقيقة قليلا ولذلك يجب أن يعتبر الحكم أنه قد حل النزاع بالنسبة للجميع وأنه يسرى فى مواجهة الكافة . ومن أمثلة ذلك الأحكام الجنائية والأحكام الصادرة بالغاء أمر ادارى .

٢٤٤ــ ومضى الأستاذ چيز فى نقده للحكم السابق ناعيا عليه أنه انتهك الأصول العامة فى حجية الشىء المقضى به اذ قبل معارضة الشخص الثالث ضد حكم يتمتع بحجية مطلقة ويسرى بالنسبة للكافة erga omnes مفضلا لو أن مجلس الدولة الفرنسى كان قد استلهم مذكرة مفوض الدولة Romieu فى القضية السابقة والتى يقول فيها « يجب أن نعرف جيدا أنه عند ما يلغى مجلس الدولة أمرا اداريا لمخالفته للقانون ، فأن هذا الأمر الادارى لايمكن أن يكرر فورا فى نفس الظروف والا كان مستحقاً للالغاء الذى يؤسس فى هذه المرة على انتهاك قوة الشىء المقضى به فقط » ثم يخلص الأستاذ چيز من هذا الى توجيه نقد آخر الى الحكم هو بغير شك أقوى نقد وجه الى الحكم من أى فقيه على الاطلاق ، وهذا النقد مبناه أن قضاء مجلس الدولة المقرر بحكم Bossuge سيؤدى الى تناقض شديد بين واجبات الادارة بحيث تلتزم بالشىء وبعكسه فى نفس الوقت ، تلتزم بتطبيق لائحة وعدم تطبيقها فى نفس الوقت . فمثلا بحكم ٧ يوليه سنة ١٩١١ السابق الاشارة اليه ــ والذى أصدره المجلس بناء على طلب الزارعين les cultivateurs ــ قرر المجلس أن المادة ٦١ من اللائحة الصادرة سنة ١٩٠٧ مخالفة للقانون الصادر فى ١١ يونيه سنة ١٨٩٦ ، وبحكم Bossuge الصادر سنة ١٩١٢ يرى مجلس الدولة أن هذه المسألة يمكن أن تعاد مناقشتها . فاذا فرضنا أن مجلس الدولة بعد أن رأى بحكم Bossuge أن معارضة الشخص الثالث مقبولة شكلا ، حكم فيها موضوعا بالقبول فان معنى هذا أن تكون اللائحة أو بعبارة أدق الغاء المادة ٦١ ساريا ونافذاً بالنسبة للجميع ماعدا الشخص الذى قدم المعارضة le tiers opposant ، وبعبارة أخرى يلاحظ أنه طبقاً للحكم الصادر

سنة ١٩١١ كان الواجب القانونى للادارة يتلخص فى أن تعيد عمل اللائحة السابقة لتجعلها مطابقة لقضاء مجلس الدولة تنفيذا لحكمه ، فاذا فرضنا أن المجلس رجع عن قراره الأول الصادر سنة ١٩١١ وقرر وهو يحكم فى موضوع الطعن أن اللائحة كانت صحيحة ومطابقة للقانون فمعنى هذا أن يكون الواجب القانونى للادارة هو ابقاء اللائحة دون تعديل . واذا أبقتها دون تعديل خالفت حكم سنة ١٩١١ ، واذا عدلتها خالفت الحكم الصادر فى موضوع الطعن بالقبول ؟؟ فاذا تذكرنا أن الحكم الصادر بقبول معارضة الشخص الثالث موضوعا انما يسرى أثره فقط بالنسبة لمقدم الطعن أى أن الحكم الأول المطعون فيه بمعارضة الشخص الثالث يستمر فى سريانه بين من صدر له ومن صدر عليه ، كان مقتضى ذلك فى هذا الفرض الذى نعالجه أن اللائحة فى مادتها الواحدة والستين لا تنفذ بالنسبة لجميع أفراد الطائفة الأولى les approvisionneurs ما عدا شخص واحد هو مقدم الطعن وهذه النتيجة هى الفوضى القانونية بعينها لأن اللائحة تفقد صفتها كلائحة اذا ما طبقت على الجميع ما عدا واحدا أو رفض تطبيقها بالنسبة للجميع ما عدا واحدا (١).

٢٤٥– ثانيا : فيما يتعلق بالاعتراض الثانى : فان الأستاذ چيز يرى أن موقف الحكم – وهو يقيم تفرقة بين من أصابهم ضرر من أصحاب الحقوق ومن أصابهم ضرر من أصحاب المصالح ويجيز معارضة الشخص الثالث للطائفة الأولى دون الثانية – منتقد غاية الانتقاد بل ويذهب فى نقده فيتحدى أى فرد أن يقدم له تمييزاً معقولا فى هذا الصدد . ونسارع الى القول بأن هذه النقطة قد وجدت رداً جميلا من العميد هوريو سنورده بعد قليل . ويمضى الأستاذ چيز فى نقده قائلا أن كل ما يعرفه أن مجلس الدولة يفرق بين الحقوق القانونية أو اللائحية le droit légal et réglementaire من ناحية والحقوق المستمدة من العقد والفعل الضار من ناحية أخرى(٢)

(١) أنظر جيز . مجلة القانون العام سنة ١٩١٣ ص ٣٤٢ .

(٢) أنظر مذكرة مفوض الدولة Pichat فى قضية Lafage سنة ١٩١٢ فى مجلة القانون العام سنة ١٩١٢ ص ٢٧٨ .

ويمكن أن يتفق ذلك مع مضمون الحكم Bossuge ، لأن المجلس قد أباح لواحد من الطائفة الأولى المسماة les approvisionneurs معارضة الشخص الثالث واعترف ضمنيا بأن له حقاً ، وهذا الحق انما يستمد من قانون سنة ١٨٩٦ . فإذن ، يمكن القول بأن معارضة الشخص الثالث يجوز استعمالها ممن يستمد حقاً من القانون أو اللائحة . ولكننا اذا أردنا أن نعمم هذه النتيجة لوصلنا الى فوضى قانونية جديدة ، واضطررنا الى فتح باب الطعن الى مالا نهاية ولن يكون هنالك حكم بالالغاء — وبالذات بالغاء لائحة — لا يوجد بالنسبة له من يستمدون حقاً من القانون أو اللائحة أضر بهم الحكم ويريدون أن يطعنوا فيه بمعارضة الشخص الثالث : ويكفى أن نذكر أن جميع الملاك وجميع التجار والصناع انما يستمدون حقوقهم من القانون الذى نظم الملكية وحرية التجارة والصناعة وان جميع الناخبين يستمدون حقهم من القانون الذى نظم الحقوق السياسية .

٢٤٦— وأما العميد دوجى فيسارع هو الآخر الى نقد الحكم بلهجة لا تخلو من القسوة منوهاً أيضا بالنقد الأسبق الذى أوضحه جيز من أن معارضة الشخص الثالث لو قبلت موضوعا لكانت اللائحة غير نافذة بالنسبة للجميع ما عدا مقدم المعارضة ، ويقول فى مطولة فى القانون الدستورى (جزء ٢ طبعة ٣ ص ٤٩٧) ونحن نورد نص ماقاله لنرى مدى حرية الفقه هنالك فى نقد أحكام القضاء :

" *Cette solution ne soutient pas l'examen* ... L'arrêt de 1912 est le *resultat d'une inadvertance de la haute juridiction*, qui admet la recevabilité d'une tierce opposition dirigée contre un arrêt ayant prononcé l'annulation d'un décret, ce qui aboutit à cette conséquence que, si la tierce opposition avait triomphé sur le fond, le décret aurait été annulé pour tout le monde, excepté pour une seule personne, le demandeur à la tierce opposition, *ce qui me paraît inintelligible.*"

أى ما معناه « هذا الحل لا يحتمل البحث ... ان حكم سنة ١٩١٢ ما هو سوى نتيجة عدم انتباه من قضائنا العالى ، الذى يقرر قبول معارضة الشخص الثالث الموجهة ضد حكم كان قد نطق بالغاء مرسوم ، الأمر الذى يؤدى الى هذه النتيجة أنه لو أن معارضة الشخص الثالث قد نجحت

موضوعا لاعتبر المرسوم ملغياً بالنسبة للكافة ما عدا شخصا واحدا هو المدعى فى معارضة الشخص الثالث ، الشيء الذى يبدو لى غير مستطاع الفهم » .
ثم يردف العميد دوجى قائلا أن مجلس الدولة كان يجتاز فى تلك الفترة « أزمة من عدم التأكد » « وعدم المطابقة والتناقض » une crise d'incertitude, d'incohérence même

٢٤٧– أما عن العميد هوريو فانه على خلاف چيز ودوجى لم يذهب فى النقد والتشريح مذهبهما على الرغم من أنه كان قد تلقى حكم Ville d'Avignon سنة ١٨٩٩ – الذى رفض معارضة الشخص الثالث كلية – بفرح واضح واعجاب خاص فيما يتعلق بابراز « الطبيعة الموضوعية la nature objective » للطعن بالالغاء ، ولكنه عاد فى تعليقه على هذا الحكم فتردد كثيرا فى نقده لهذا القضاء الواجب الانتقاد . ولقد كان تعليقه[1] جميلا من الناحية الفنية لأنه – وقد رد على جميع انتقادات چيز – قد ألقى الكثير من الضياء على عدد لا بأس به من نقط القانون العام بعد أن نوقشت من المدرستين الفقهيتين الكبيرتين فى فرنسا : مدرسة بردو وعلى رأسها دوجى ، ومدرسة تولوز وعلى رأسها هوريو .

٢٤٨– أولا : بدأ العميد هوريو يرد على الاعتراض الأول الذى أثاره چيز : فنازعه فى نظريته القائلة بأن الأصل فى قوة الشيء المقضى به هو القوة المطلقة ونسبية الشيء المقضى به هى الاستثناء ، ذلك لأن چيز كان قد علل الحجية المطلقة بأن المرافعات موجهة بواسطة القاضى الذى يبحث عن جميع الأدلة المفيدة فرد هوريو قائلا لماذا لا تتمتع أحكام مجلس الدولة برفض الغاء القرار الادارى بنفس الحجية المطلقة مع أن المرافعات فى الدعوى موجهة بواسطة القاضى؟ ولماذا لا تتمتع أحكام مجلس الدولة فى جميع المواد القضائية الأخرى التى تدخل فى اختصاصه بالحجية المطلقة مع أن المرافعات فى الدعوى موجهة بواسطة القاضى ؟

(١) أنظر تعليقه فى سيرى ١٩١٤ – ٣ – ٣٣ .

وبعد أن يرفض هوريو نظرية چيز فى قوة الشىء المقضى به ، يدلى هو بتفسير للحجية المطلقة للحكم الصادر بالالغاء فيقول بأنه فى هذه الحالة يكون الأمر كما لو كان هنالك سحب للقرار الادارى ، ومتى سحب القرار الادارى اعتبر كأن لم يكن ، وذلك بالنسبة للجميع erga omnes فالقرار لا يسحب بالنسبة للبعض ويترك بالنسبة للبعض الآخر .

ويمضى هوريو فى نقده لنظرية چيز موضحا أنه لا يعتقد أن الحجية النسبية هى الاستثناء وأن الحجية المطلقة هى الأصل لأن ذلك ولو أنه يبدو متفقاً مع بعض الآراء فى فلسفة القانون التى يعتنقها چيز ودوجى ، الا أنه يبدو متعارضا مع الحقائق التاريخية : فكما أن الحق droit subjectif قد أصبح هو الشريعة العامة تحت اسم القانون المدنى ، فان الحجية النسبية لقوة الشىء المقضى به قد أصبحت هى الأصل وذلك لأنها مبدأ من مبادىء المرافعات المدنية التى تعتبر القانون العام فى المرافعات .

٢٤٩— ثانيا : أما عن اعتراض چيز الثانى الخاص بصعوبة التفرقة بين الحق ومجرد المصلحة فان هوريو يرد عليه مبينا أن التمييز بين الحق والمصلحة انما هو أمر مستقر ، وشىء تقليدى فى القانون الادارى . وذلك على خلاف القانون المدنى حيث يختلط الأمران عملا ، وذلك لما للأفراد من قوة التقرير le pouvoir de décision التى تقلب تلك المصالح الى حقوق . أما فى القانون الادارى فهنالك مصالح وهنالك حقوق فالأفراد الذين يسكنون حيا معينا لهم مصلحة فى أن يشق طريق معين فى حيهم ، ولكن شق هذا الطريق ليس حقا لهم لأن قوة التقرير — تقرير شق الطريق — انما ترجع الى الادارة لا لهم ، فهم اذن أصحاب مصلحة فقط . أما فى حالة البوليس الادارى فيمكن أن نرى — كما هو الحال فى حكم Bossuge — للأفراد حقوقاً وذلك لأن الأمر انما يتعلق بمصالح يستطيعون هؤلاء تحقيقها بأنفسهم لأنهم يملكون قوة التقرير فيها .

٢٥٠— رأينا الخاص : أما نحن فاننا نؤيد چيز ودوجى فيما انتهيا اليه من نقد شديد لقضاء مجلس الدولة ، وان كنا لا نوافق على جميع الحجج التى أدلى بها كل منهما :

١ — فنحن لانعتقد أن الأصل فى حجية الشىء المقضى به هى الحجية المطلقة ، وأن الأصل فى أحكام القضاء أن تكون نافذة بالنسبة للجميع erga omnes بل أن چيز نفسه يدخل على نظريته هذه استثناء يكاد لفرط اتساعه يهدم الأصل : فهو يسلم بأن الأصل فى منازعات القانون الخاص هى الحجية النسبية وليست الحجية المطلقة لأن احتمال خطأ القاضى يكون كبيرا نظراً لطبيعة المرافعات المدنية وما تقضى به من أن للخصوم وحدهم حق تقديم الأدلة الى القاضى ، فاذا سلمنا بأن الأصل فى القانون الخاص هو نسبية الحجية ، لا يمكننا بعد ذلك أن نبنى نظرية كاملة مؤداها أن الأصل هو الحجية المطلقة والحجية النسبية استثناء لها ، وانما المعقول أن نقول مثلا ان هنالك أصلين : أصل فى القانون الخاص هو النسبية وأصل فى القانون العام (الجنائى والادارى على الأخص) هو الحجية المطلقة .

٢ — ونحن لا نرفض التسليم بقضاء مجلس الدولة لصعوبة التفرقة — أو استحالتها كما يزعم چيز — بين الحق والمصلحة . لأن تلك التفرقة — كما قال هوريو بحق — أمر تقليدى فى القانون الادارى .

٣ — وانما نبنى رفضنا لذلك القضاء لما يضعه من واجبات متناقضة على عاتق الادارة : فبناء على الحكم الأول الذى يقضى بالغاء لائحة مثلا تلتزم الادارة بعمل لائحة من جديد بشكل سليم تنفيذا لحكم مجلس الدولة ، ثم يطعن بالحكم بمعارضة الشخص الثالث فاذا قبلت شكلا وموضوعا أصبح لزاما على الادارة أن تبقى اللائحة القديمة ، ولو أبقتها تنفيذا للحكم الثانى لانتهكت حجية الحكم الأول ، ولو غيرتها تنفيذا للحكم الأول لانتهكت حجية الحكم الثانى .

واننا نعتقد أن ذلك الانتقاد هو أقوى الانتقادات التى وجهها الفقهاء الى قضاء مجلس الدولة السابق .

٢٥١— والرأى عندنا أن معارضة الشخص الثالث ضد أحكام مجلس الدولة الصادرة بالالغاء يجب أن يحكم فيها بعدم القبول irrecevable وذلك نظرا « للطبيعة الموضوعية » لذلك الطعن ، فاننا يجب أن نذكر

دائما أن الطعن بالالغاء انما هو طعن موضوعى recours de nullité objectif يرمى الى حماية المشروعية . وهذا السبب هو الذى يحدد لنا نطاق رأينا من عدم قصره على اللوائح أى الأوامر الادارية القاعدية دون الأوامر الادارية الفردية كما حاول أن يفعل ليون بلوم مفوض الدولة فى قضية Bossuge اذ أشار فى مذكرته الى التفرقة بين هذين النوعين من الأوامر الأدارية ، الأمر الذى يؤدى فى اعتقاده الى قبول معارضة الشخص الثالث ضد أحكام الغاء الأوامر الادارية الفردية دون الأوامر القاعدية ، مستندا فى ذلك على كون الأمر الادارى الفردى انما يشتمل على مصالح فردية على خلاف اللائحة .

٢٥٢ــ والواقع الذى لاشك فيه أن هذه التفرقة لا أساس لها من التحليل العلمى الدقيق اذ أن اللوائح والطعن فيها لا يوجد تحتها كدافع سوى مصالح فردية شأنها فى ذلك شأن الطعن فى الأوامر الادارية الفردية ودليلنا على ذلك ما نرى فى هذه القضية فما الذى دفع رافع الطعن الى طعنه سوى مصالحه الخاصة ؟ واذا لجأنا الى التحليل الفنى الدقيق لوجدنا أن الطبيعة القانونية للطعن بالالغاء انما توجب علينا التسوية بين الأوامر الفردية واللائحية فى هذا الصدد .

٢٥٣ــ وعلى الرغم من الانتقادات التى وجهت الى القضاء السابق فقد ثبت مجلس الدولة الفرنسى للأسف الشديد على قضائه هذا فى الأحكام التالية مصرا على فتح باب الطعن بمعارضة الشخص الثالث لمن أضر الحكم بحقوق لهم دون أولئك الذين أضر الحكم بمصالح لهم[١] .

كما ثبت التشريع الجديد المنظم لمجلس الدولة الفرنسى وهو الأمر الصادر فى ٣١ يوليه سنة ١٩٤٥ على ايراد نفس النص السابق فى م ٧٩ بصياغته المطاطة دون تحديد مع أن ذلك التشريع قد صدر فى وقت استقر فيه قضاء المجلس على اتجاه معين ، ومع ذلك فقد أبى المشرع أن يقيد المجلس

---

(١) أنظر الأحكام التالية : Gaucher, 20 fevrier 1914 p. 238; Rirez 2 juin 1933. S. 34. 3. 22; Deuèze, 22 Juin 1938, p. 571.

بما أستقر عليه قضاؤه مقدراً أن الخير فى أن يترك المجلس حرا — فى ظل نصوص واسعة — فى تغيير مبادئه ان رأى أن ذلك مناسبا أو لازما ، وهذا تعاون من المشرع فى سبيل أن يترك لهذا البناء البريتورى صفته الأصلية التى تساعده على الاستمرار والبقاء .

٢٥٤— أما عن الأنواع الثلاثة الأخرى الداخلة فى الولاية القضائية لمجلس الدولة الفرنسى : وهى ولاية القضاء الكامل ، وولاية الزجر والعقاب ، وولاية التفسير فان الفقهاء الفرنسيين الذين علقوا على الأحكام السابقة قد سلموا بوجود الطعن بمعارضة الشخص الثالث بالنسبة لها تطبيقا للمرسوم الصادر سنة ١٨٠٦ والسابق الاشارة اليه ، والاكتفاء بتوافر المصلحة لا الحق ، أى أنهم يرون فتح هذا الطعن بالنسبة لأولئك الذين لم يمثلوا فى الدعوى بأشخاصهم أو بمن ينوب عنهم وأضر الحكم بمصالح لهم . وذلك ربطا بين التدخل ومعارضة الشخص الثالث[1].

ولكننا نرى أن هذا القول بوجهيه لا يعبر الآن تعبيرا حقيقيا عن قضاء مجلس الدولة الفرنسى فقد سلم اولئك الفقهاء :

أولا : بوجود الطعن بالنسبة لجميع الأنواع التى تحتويها الولاية القضائية لمجلس الدولة .

ثانيا : بأن يفتح الطعن — فيما عدا قضاء الالغاء — لمن أضر الحكم بمصالح له أعنى أنه لايلزم أن يكون الحكم قد أضر بحقوق له وهذين الأمرين نراهما موضع نظر كبير .

٢٥٥— أما عن الأمر الأول : فان هنالك مواد لايمكن بأى حال من الأحوال أن يقبل مجلس الدولة الفرنسى بالنسبة للأحكام الصادرة فيها معارضة الشخص الثالث ومن هذه المواد الطعون الانتخابية التى تقدم ضد الانتخابات الأقليمية . فهل يعقل مثلا أن يقبل مجلس الدولة الفرنسى — بعد أن حكم مثلا بأن عضو مجلس المديرية عن دائرة ما هو مسيو جان

---

(١) أنظر على الأخص هوريو فى تعليقه على حكم Ville d'Avignon السابق الاشارة اليه .

جاك — معارضة الشخص الثالث ضد هذا الحكم التى يؤدى قبولها موضوعا الى الحكم لمسيو جيرار بأنه هو العضو المنتخب ، فيكون الحكم الأول سار فى مواجهة الجميع ما عدا مسيو جيرار أعنى أن يكون النائب الواحد عن الدائرة هو مسيو جان جاك ، ومسيو جيرار فى نفس الوقت ؟؟؟؟ قطعا لا .

٢٥٦— أما عن الأمر الثانى : فيبدو أن مجلس الدولة الفرنسى قد عمم القاعدة التى استقر عليها بالنسبة للطعن بالالغاء ، فأخذ يتطلب أن يكون الحكم المطعون فيه بمعارضة الشخص الثالث قد أضر بحقوق وليس بمصالح الشخص مقدم المعارضة . وليس أدل على ذلك من حكم صدر فى ٢١ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية شركة السكك الحديدية P. L. M.[١] متعلقاً بقضاء الزجر وكان بناء على مذكرة مفوض الدولة Josse جاء فيه :

"Sur la recevabilité:— Considérant qu' en vertu de l'art 37 de décret du 22 juillet 1806, toute personne qui n'a été ni appelée, ni représentée dans l'instance peut former tierce opposition à une décision du Conseil d'Etat rendue en matière contentieuse; que la compagnie des chemins de fer de Paris à Lyon et à la Méditeranée n'a été ni appelée, ni représentée dans l'instance à la suite de laquelle a été prise la décision attaquée; que cette compagnie, qui se prévaut *d'un droit auquel la décision entreprise aurait prejudicié,* est donc recevable en sa tierce opposition."[٢]

أى ما معناه « عن القبول :- من حيث أنه طبقاً للمادة ٣٧ من مرسوم ٢٢ يوليه سنة ١٨٠٦ ، كل شخص لم يستدع ولم يمثل فى الدعوى يمكنه أن يقدم معارضة الشخص الثالث طعنا فى حكم لمجلس الدولة صادر فى المواد القضائية ؛ ومن حيث أن شركة السكك الحديدية باريس — ليون — البحر الأبيض لم تستدع ولم تمثل فى الدعوى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، اذن تكون هذه الشركة التى تتمسك بحق يمكن أن يضر به القضاء السابق ، مقبولة فى طعنها بمعارضة الشخص الثالث » .

---

(١) مجموعة لوبون ص ٧٠ .

(٢) أنظر أيضا : Berge, 15 mars 1939, Rec. p 173; Société auxiliaire de distribution d'eau contre Société des eaux de Marseille, 22 nov. 1952 p. 546.

٢٥٧– ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسى وان كان يشترط لقبول معارضة الشخص الثالث توافر الشرطين السابقين وهما :

أولا : أن يكون مقدم الطعن غير ماثل فى الدعوى بشخصه أو بمن يمثله : فاذا كان ماثلا فى الدعوى بشخصه كطرف أصلى أو متدخل أو ممثلا فيها فلا يجوز له استعمال هذا الطعن .

ثانيا : أن يكون الحكم المطعون فيه بمعارضة الشخص الثالث قد أضر بحقوق له ، الا أنه لا يشترط مدة معينة يقفل بعدها باب الطعن ، فباب الطعن يظل مفتوحا الى أن يغلق بالتقادم الطويل وهذا ما يجعل هذا الطريق من طرق الطعن بالغ الخطورة من حيث استقرار الآثار المترتبة على الأحكام أى على قوة الشىء المقضى به . ويلاحظ أيضا أن الطاعن هو الذى يستفيد وحده من معارضة الشخص الثالث ، كما أنه فى حالة رفض الطعن موضوعا يمكن أن يحكم عليه بغرامة الى جانب التعويضات ان كان لها محل ، وذلك طبقا للمادة ٧٩ / ٢ من الأمر المنظم لمجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣١ يوليه سنة ١٩٤٥ ، وقد كانت المادة ٣٨ من مرسوم ٢٢ يوليه سنة ١٨٠٦ تحدد هذه الغرامة بمبلغ ١٥٠٠ فرنك الا أن المادة ٧٩ لم تحدد هذه الغرامة وانما تركت ذلك لمطلق تقدير مجلس الدولة .

٢٥٨– والآن : ماذا كان موقف مجلس الدولة المصرى ؟ أتيحت الفرصة لمجلس الدولة المصرى ليبدى رأيه فى الأمر وكان ذلك فى القضية رقم ٤٦٣ لسنة ٣ قضائية[1] بصدد طعن بمعارضة الشخص الثالث ضد حكم أصدره مجلس الدولة بالغاء قرار لجنة الشياخات فى مديرية المنيا المصدق عليه من وزير الداخلية ، وقد حكم المجلس بعدم قبول الطعن ضد حكمه الصادر بالغاء قرار ادارى[2].

---

(١) جلسة ٣٠ مايو سنة ١٩٥٠ فى مجموعة أحكام مجلس الدولة . السنة الرابعة . ص ٨٤٥ .

(٢) نفس المبادئ فى القضية رقم ١٧٨ لسنة ٤ ق جلسة ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة س ٥ . ص ١٩٥ .

ويلاحظ على هذا الحكم :

١ ــ أن الطاعن بمعارضة الشخص الثالث قد طلب الغاء الحكم الصادر بالغاء قرار ادارى أضر بحق له وهذا هو أول خطأ فنى ، اذ أن معارضة الشخص الثالث فى حالة قبولها شكلا وموضوعا لا تؤدى الى الغاء الحكم المطعون فيه نهائيا وانما تؤدى فقط الى اعتباره غير سار Inopposable فى مواجهة الطاعن مع التسليم بسريانه بين من صدر له ومن صدر عليه .

٢ ــ أن مجلس الدولة المصرى قد بنى رأيه فى عدم قبول الطعن على اطلاق النص المانع الوارد فى م ٩ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ، والمقابلة للمادة ٨ من القانون ١١٢ لسنة ١٩٤٦ والتى تقضى بأن « لا يقبل الطعن ... الا بطريق التماس اعادة النظر » فهذا النص المانع مطلق فهو يمنع الطعن اطلاقا فى أحكام مجلس الدولة الا بطريق واحد هو التماس اعادة النظر . ولا اجتهاد مع النص المطلق . وهذه هى أقوى حجة أوردها الحكم .

وقد أوضحنا فى بداية هذا الباب أن النصوص الجديدة الواردة فى القانون الجديد الصادر سنة ١٩٥٥ انما تترك الباب مفتوحا وتسمح لنا بالاجتهاد والمناقشة فهى والحالة هذه أكثر سعة وأكثر تمشيا مع النصوص الفرنسية التى أوضحنا أنها توضع عمدا واسعة مطاطة لتترك للمجلس حرية بناء قضائه البريتورى ولا أدل على ذلك من أن قانون سنة ١٩٤٥ (المنظم لمجلس الدولة الفرنسى) فى م ٧٩ / ٢ لم يقتف أثر مرسوم سنة ١٨٠٦ فى تحديد مقدار الغرامة التى يحكم بها فى حالة رفض المعارضة وانما ترك ذلك حرا لمجلس الدولة .

٣ ــ أن المجلس قد استند فى تقريره الحجية المطلقة للحكم الصادر بالالغاء ، الغاء أمر ادارى فردى أو لائحى ، الى نص المادة التاسعة التى تقول فى نهايتها « على أن الأحكام الصادرة بالالغاء تكون حجة على الكافة » هذا النص المطلق الذى لا يسمح باجراء تفرقة بين الغاء الأوامر الفردية واللائحية . والواقع أن مضمون هذا الجزء من المادة يجب التسليم به حتى ولو لم يأت بها المشرع فى قانون مجلس الدولة لأن الحجية المطلقة للحكم

الصادر بالالغاء – الغاء قرار ادارى فردى أو لائحى – انما تستمد قبل كل شيء من الطبيعة القانونية للطعن بالالغاء كطعن موضوعى un moyen de nullité objectif وضع لضمان المشروعية أى مبدأ سيادة القانون وايراد هذه الحقيقة فى التشريع أو اغفالها لا يقدم شيئا ولا يؤخر .

٢٥٩– واننا لنؤيد موقف مجلس الدولة المصرى فى الحكمين السابقين برفض معارضة الشخص الثالث ضد أحكامه الصادرة بالالغاء ، فان هذه النتيجة لتتفق اتفاقا كليا مع طبيعة الطعن بالالغاء ، ولكن كنا نود لو أن مجلس الدولة قد استند على اعتبارا ت الفن القانونى مع استناده على النصوص لأن النصوص لن تتسع لكل شيء وسوف يتبين المجلس بعد ذلك أن السبيل الوحيد للوصول الى حلول صحيحة لكل ما لم يرد بصدده نص انما هو تحليل طبيعة الطعن القانونية .

الفصل الثانى

نحو بناء فقهى مكتمل

٢٦٠– والآن ، وقد انتهينا من استعراض أحكام القضاء ، بناء على التقسيم الذى أقمناه من الناحية الشكلية ، يجدر بنا أن نحاول أن نرد الجزئيات الى أصول عامة ، نصل منها الى بناء نظرية شاملة توضح فى جميع الأحوال متى يجوز الطعن بمعارضة الشخص الثالث ومتى لا يجوز .

واننا هنا لنؤكد ماقلناه فى أول هذا البحث من أن النصوص الجديدة فى مصر لا تقفل باب الاجتهاد والبحث كالنصوص القديمة ، ويجب أن يكون الأمر كذلك ... أى يجب أن تكون النصوص من السعة بحيث تسمح لمجلس الدولة أن يتحرك فى الاتجاه الذى يريد ، والذى يراه مناسبا مع سياسته القضائية .

٢٦١– واذا كان التقسيم المبنى على الناحية الشكلية هو السائد عمليا – فى دائرة مجلس الدولة الفرنسى والمصرى – الا أنه غير قادر على اعانتنا فى بناء نظرية شاملة كالتقسيم المبنى على الناحية الموضوعية le point de vue matériel ، وهو الذى يرجع الفضل فى ابراز أهميته وقيمته الى العميد دوجى والفقهاء الذين ساروا على نهجه وأخذوا عنه .

والواقع أن المعيارين الشكلى والموضوعى ليتصارعان فى هذا الموضوع كما يتصارعان فى عدد كبير من موضوعات القانون الادارى بل وموضوعات القانون العام بأسره ، والفقه منقسم على نفسه حيالهما ، البعض ينتصر لهذا والآخر ينتصر لذاك ، وأنه وان كانت الغلبة والأرجحية ما زالت فى القانون الفرنسى للمعيار الشكلى[1] الا أنه من الثابت أن الفقه والقضاء كليهما لا يمكنهما أن يستغنيا نهائيا عن المعيار الموضوعى . ويمكن القول بأن المعيارين معا يكملان بعضهما البعض وأن الأخذ بكليهما ضرورى ونافع للوصول الى نتائج قانونية سليمة فى أى بناء فقهى أو قضائى يراد له أن يبنى على أسس قوية من الفن القانونى .

٢٦٢– ونحن اذا استعرضنا الأحكام بصفة عامة لوجدنا أن كل حكم انما يشتمل على تقرير constatation بوجود أو عدم وجود انتهاك للنظام القانونى l'ordre juridique وطبيعة كل حكم وهل يدخل فى القضاء الموضوعى contentieux objectif ou juridiction objective أو فى القضاء الشخصى[2] انما تتصل اتصالا وثيقا بطبيعة المسائل التى يحلها .

فاذا عمد الحكم الى حل مسألة متعلقة بمركز قانونى موضوعى situation juridique objective كان ذلك القضاء قضاء موضوعيا contentieux objectif أما اذا عمد الى حل مسألة متعلقة بمركز قانونى شخصى فان قضاءه فى تلك الحالة انما يكون قضاء شخصيا contentieux subjectif.

٢٦٣– أما المركز القانونى الموضوعى : فهو يتأتى مباشرة من القاعدة القانونية التى يضعها المشرع فى القانون ، والقاعدة القانونية بطبيعتها انما هى عامة ومجردة générale et impersonnelle بالنسبة للجميع ، جميع الذين تتوافر فيهم شروط انطباقها ، بالنسبة للجميع ، لا بالنسبة لأشخاص معينين بذواتهم .

---

(١) أنظر ما قاله L'Huillier فى تعليقه فى سيرى ١٩٤٦ – ٣ – ٩ .

(٢) Contentieux subjectif ou juridiction subjective

وهنالك نوعان من المراكز القانونية الموضوعية تبعا لوجود نوعين من القواعد :

١ — القواعد القانونية التى يستطيع جميع الأفراد الاستفادة مما تقرره من حقوق أو تحمل ما تفرضه من واجبات دون أن يتوسط بينهم وبينها بـ أى الأفراد وبين القواعد القانونية — أى عمل قانونى فردى acte juridique individuel ، ومثالها : القواعد القانونية المقررة لحق الانتخاب والقواعد المنظمة لحرية التجارة والصناعة وتلك التى تنظم على وجه العموم الحريات العامة . فالمواطن الذى يطلب الاستفادة من هذه القواعد القانونية لتوافر شروط انطباقها عليه ، انما يوجد فى مركز قانونى موضوعى ، فالناخب أو النائب والتجار والصناع وكل مواطن لم تصدر ضده أحكام مقيدة للحرية يطالب بالاستفادة من قواعد الحريات العامة ، كل هؤلاء انما يوجدون فى مركز قانونى موضوعى .

٢ — والى جانب القواعد القانونية السابقة توجد القواعد القانونية التى لا تنطبق كسابقتها على الجميع بغير استثناء ، ولكنها تشترط لانطباقها شرطاً ، هو صدور قرار خاص décision particulière يسمى قرار شرطى acte-condition ومثاله تعيين موظف ، فتلك القواعد انما تضع نظاما statut أو أنظمة قانونية لبعض المجموعات البشرية كالموظفين مثلا ، وهى لا تنطبق على جميع المواطنين بغير استثناء وانما تشترط لانطباقها عمل شرطى acte-condition هو مثلا صدور القرار الادارى بتعيين موظف ضمن طائفة معينة ، وذلك على خلاف القواعد السابقة التى لا يشترط مطلقا فى المواطنين الذين يطلبون الاستفادة منها صدور قرار خاص بالنسبة لهم .

والمستفيدون من هذا النوع من القواعد القانونية انما يعتبرون أيضا فى مركز قانونى موضوعى ، وذلك لأن مركز كل منهم انما يحدد بطريقة عامة وغير شخصية général et impérsonnel .

٢٦٤– أما المركز القانونى الشخصى : فهو على خلاف المركز القانونى الموضوعى ، خاص وشخصى spéciale et personnelle ، فهو لايقوم الا لصالح فرد أو أفراد معينين بذواتهم ، ضد فرد أو أفراد معينين هم أيضا معينون بذواتهم . والمركز القانونى الشخصى لا يستمد مباشرة من القانون وانما ينتج من عمل قانونى acte juridique تعاقدى أو منفرد ، وهذا المركز الشخصى اما أن يكون حقاً على شيء أى حقاً عينيا ، أو حقاً يسرى فى مواجهة شخص آخر أى حقاً شخصيا (أو التزام) .

ويلاحظ أن العمل القانونى التعاقدى أو المنفرد الذى ينشيء مراكز قانونية شخصية انما يستمد قوته من القانون الذى يحدد شروط انعقاده وصحته : ولهذا فقد راق لأحد الفقهاء الكبار كالأستاذ جورج سل[1] أن ينكر التفرقة بين المركز القانونى الشخصى والموضوعى لأن كليهما يستمد فى النهاية من القواعد القانونية ، ولكن يرد على هذا القول بأن المركز القانونى الشخصى انما يتحدد فى مداه ونطاقه لا بواسطة القانون وانما بواسطة العمل القانونى التعاقدى أو المنفرد فهو اذا نتج عن القانون فانما يكون ذلك بطريق غير مباشر لأنه ينتج مباشرة من العمل القانونى التعاقدى أو المنفرد ، بينما ينتج المركز القانونى الموضوعى مباشرة من القانون .

٢٦٥– ويمكن أن يقال – فى صدد هدم التفرقة بين المركز القانونى الشخصى والموضوعى – أن العمل القانونى التعاقدى أو المنفرد ما هو الا عمل شرطى acte-condition يحدد انطباق القانون على شخص ما . وبذلك يكون المركز القانونى الشخصى مشابها تماما للنوع الثانى من المراكز القانونية القانونية الموضوعية . ولكن يرد على هذا أيضا فى سهولة ويسر بأن نتيجة العمل الشرطى acte-condition فى المراكز القانونية الموضوعية انما هو انطباق نفس القواعد القانونية على الجميع دون تمييز أوتفرقة بطريقة عامة وغير شخصية أما فى حالة العمل التعاقدى أو المنفرد فان الالتزامات والحقوق المترتبة لكل شخص قد تختلف اختلافا كبيرا من حالة الى أخرى لأنها أصلا خاصة وشخصية ، خاصة بفرد أو أفراد معينين ومحدودين

---

(1) Scelle : Cours de principes du droit. public. Paris 1944—45 p 163

بذواتهم . فى الحالة الأولى يطبق القانون نفسه ولا يملك العمل الشرطى أن يعدل نطاق تطبيق هذا القانون ، أما فى الحالة الثانية فان الذى يطبق أولا هو العمل التعاقدى أو الفردى الذى يملك أن يعدل نطاق تطبيق القانون نفسه فى بعض الأحيان (كما هو الحال بالنسبة للقواعد القانونية المفسرة) .

٢٦٦– ومن هذا كله نرى أن النظام القانونى[1] انما يشتمل على عنصرين العنصر الأول : هو القانون le droit objectif أو المشروعية la légalité والعنصر الثانى : يتكون من الحقوق الشخصية les droits subjectifs .

العنصر الأول : ويتركب من جميع القواعد القانونية العامة المجردة التى تطبق على الأشخاص اما مباشرة كقواعد الانتخاب والحريات العامة واما بشرط وجود عمل قانونى شرطى كقوانين الموظفين .

العنصر الثانى : ويتكون من جميع الحقوق التى خلقتها أعمال قانونية خاصة actes juridiques particulières لصالح أشخاص معينين بذواتهم قبل أشخاص آخرين معينين هم أيضا بذواتهم (كالالتزامات) أو على أشياء معينة (كالحقوق العينية) .

٢٦٧– قلنا ان الحكم انما يشتمل على تقرير constatation عن وجود اعتداء أو عدم اعتداء على النظام القانونى ، فاذا كان الأمر يتعلق بالنظام القانونى فى عنصره الأول أى اعتداء أو عدم وجود اعتداء على قواعد المشروعية كان قضاء الحكم قضاء موضوعيا ، أما اذا تعلق الأمر بالنظام القانونى فى عنصره الثانى أى اعتداء على الحقوق الشخصية فان القضاء فى ذلك انما يعتبر بغير شك قضاء شخصيا .

٢٦٨– هذه التفرقة بين القضاء الموضوعى والقضاء الشخصى انما يسمح لنا بأن نضع قواعد عامة فى حجية الشىء المقضى به ومن ثم فى معارضة الشخص الثالث .

---

(١) راجع فى كل ذلك دوجي : المطول فى القانون الدستورى . الطبعة الثالثة .

فان الأحكام التي تصدر بقضاء موضوعى انما تكون ذات حجية مطلقة autorité absolue de la chose jugée ، وأما الأحكام الصادرة بقضاء شخصى فانها لا تتمتع الا بحجية نسبية autorité relative ومرد ذلك أنه فى حالة القضاء الموضوعى فان الحكم لا يبحث الا موافقة أو مخالفة عمل معين بالنسبة للقانون ، فليس لأى شخص أن يتمسك بحق شخصى أو سند خاص ليطالب بعدم سريان الحكم بالنسبة له ، لأن أساس ذلك الحكم انما يوجد أولا وأخيراً فى القانون ، وذلك على خلاف القضاء الشخصى لأن الحكم الصادر انما يستند على رابطة شخصية فاذا جاء شخص ثالث وأبرز سندا خاصا لم تكن المحكمة فى ابان فصلها فى الخصومة قد اطلعت عليه فانه يستطيع بذلك أن يعيد المناقشة فى مدى أو صحة تلك الرابطة القانونية الشخصية .

٢٦٩ــ وبناء على ذلك فاننا نستعرض جميع الطعون الادارية (أى الدعاوى الادارية) لنرى الى أى نوعى القضاء ينتسب كل منهما ، فما كان تابعا للقضاء الموضوعى كان الحكم صادرا فيه ذا حجية مطلقة ، وبالتالى لاتقبل فيه معارضة الشخص الثالث ، وما كان تابعا للقضاء الشخصى كان الحكم الصادر فيه ذا حجية نسبية وتبعا لذلك تقبل فيه معارضة الشخص الثالث .

٢٧٠ــ وقبل أن نعمد الى هذا يحسن بنا أن نذكر ما قاله الأئمة من فقهاء المرافعات من عدم جواز معارضة الشخص الثالث فى الأحوال التى يتمتع فيها الحكم بحجية مطلقة أى التى يسرى فيها بالنسبة للكافة erga omnes وذلك حتى نفند رأياً للعميد دوجى مؤداه أن الأحكام الصادرة بقضاء موضوعى أى ذات الحجية المطلقة يمكن الطعن فيها بمعارضة الشخص الثالث من صاحب المركز القانونى الشخصى الذى يجد نفسه وقد أضر به الحكم ، ولهذا يجب أن يسلح بسلاح يوقف ذلك الضرر أى لتقرير عدم سريان الحكم ذى الحجية المطلقة فى مواجهته .

هذا القول لا يمكننا أن نقبله بأى حال من الأحوال ولم يقبله أبداً أئمة فقه المرافعات . فمثلا يرى الأساتذة Glasson, Morel, Tissier [1] فى الباب الذى خصصوه لمعارضة الشخص الثالث من ص ٥٣٤ — ٥٦٥ عكس ما قاله دوجى تماما ، اذ يقولون فى هذا الصدد :

"Au contraire. les jugements qui, en matière d'état on de capacité, créent pour une personne, une situation nouvelle (divorce, séparation de corps, intérdiction), emportent *un effet absolu, il ya chose jugée erga omnes - Des lors, la tierce opposition ne peut être admise.*" [2]

أى ما معناه « على العكس ، فان الأحكام الصادرة فى « حالة » الأشخاص وأهليتهم والتى تخلق بالنسبة لشخص معين مركزا جديدا (كالطلاق والانفصال الجثمانى ، الحجر) انما تحمل أثرا مطلقاً ، فهنالك شىء مقضى به بالنسبة للكافة ، ومن ثم فان معارضة الشخص الثالث لا يمكن أن تقبل » .

٢٧١— ولا يقل الأستاذان Garsonnet et Cézar-Bru صراحة عن الأساتذة السابقين فى تحريم معارضة الشخص الثالث فى كل حالة يكون للحكم فيها حجية مطلقة وأثرا عاما بالنسبة للكافة erga omnes اذ يقولان[3] فى الباب الذى خصصاه لمعارضة الشخص الثالث من ص ٨٤٠ — ٩٢٦ ما نصه :

"... et la tierce opposition ne pourrait être écartée que si le jugement qui condamne un successible en qualité d'héritier pur et simple avait effet *erga omnes.*"

أى ما معناه « ... ان معارضة الشخص الثالث لا يمكن أن تستبعد الا اذا كان الحكم الذى يدين الوارث ... ذا أثر بالنسبة للكافة » (نبذة ٥٠٦ ص ٨٤٨ من المرجع السابق) ، أعنى أنه فى حالة ما اذا صدر حكم ذو حجية مطلقة فان معارضة الشخص الثالث لا يمكن قبولها كوسيلة للطعن فيه للتوصل الى القول بعدم سريانه بالنسبة للشخص الثالث le tiers opposant

---

(١) Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile t 3, 3e édit. 1929.

(٢) المرجع السابق ص ٥٥٥ .

(٣) Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale 3e édit. t. 6. 1915.

٢٧٢ــ ولم يكن أئمة فقه المرافعات وحدهم فى هذا الاتجاه الصائب ، بل كان معهم أيضا كثير من أئمة القانون العام : مثل جورج سل فى الجزء الذى كتبه فيما يتعلق « بالقانون العام ونظرية الدولة » ضمن كتاب « مقدمة لدراسة القانون » ص ٦٥ وما يلى(١) .

وقد أبدى الفقيه الكبير جاستون جيز نفس الرأى فى تحريم معارضة الشخص الثالث فى جميع الحالات التى يكون للحكم فيها قوة مطلقة ، اذ أن مقتضى الحجية المطلقة أن تسرى فى مواجهة الكافة erga omnes لا بالنسبة لأطراف الخصومة وحدهم .

ومن هذا نرى أن رأى العميد دوجىٓ فى هذا الصدد انما هو رأى فردى لم يتبعه أحد من الفقهاء الكبار الذين تناولوا هذا الموضوع فى فرنسا . بل ان بونار Bonnard وهو تلميذ دوجى قد عارض رأيه هذا حيث قال فى كتابه فى القانون الادارى(٢) :

" ... Cependant la jurisprudence admet actuellement la tierce-opposition en matière de recours pour excès de pouvoir. Cela est illogique puisque la tierce opposition suppose l'autorité relative."

أى ما معناه : « ... على الرغم من ذلك ، فان القضاء يقبل فى الوقت الحاضر معارضة الشخص الثالث فى مادة الطعن بتجاوز السلطة . وهذا غير منطقى اذ أن معارضة الشخص الثالث تفترض الحجية النسبية » .

٢٧٣ــ ولكن المسيو بروسبير فيل Prosper Weil فى رسالته(٣) عن نتائج الغاء الأمر الادارى سار على نهج دوجى زاعما أن معارضة الشخص الثالث لا تتفق الا مع الحجية المطلقة مخالفا بذلك كل آراء أئمة المرافعات والقانون العام السابقين ، وقد بدأ رأيه قائلا أن معارضة

---

(١) Introduction à l'étude du droit: Par Julliot de La Morandière, Paul Esmein, Henri Lévy-Bruhl et George Scelle. 1951 page 63 et s.s.

(٢) الطبعة الثالثة ص ٢٧٩ .

(٣) Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir. Paris 1952, page 121 et s.s,

الشخص الثالث ضد الأحكام المتمتعة بالحجية النسبية هى غير مجدية تماما ، وهذا القول فيه مغالاة شديدة واضحة ... حقا ان فقهاء المرافعات قد تناقشوا فى مدى فائدة معارضة الشخص الثالث فى حالة الحجية النسبية وهل يمكن الاستغناء عنها بقاعدة نسبية الاحكام ، ولكن الرأى الراجح أنها ذات فائدة اذ قد يرى الشخص أن بقاءه مهددا بالحكم فيه خطر عليه ، وبدلا من الانتظار ليدفع فى النهاية تنفيذ الحكم فيه بقاعدة نسبية الحكم ، قد يرى أن مصلحته فى أن يلعب دور المهاجم فوراً ليحمى حقوقه قبل فوات الأوان فيجب فى هذه الحالة أن نقرر له وسيلة لتمكنه من ذلك ... وهذه الوسيلة هى معارضة الشخص الثالث .

٢٧٤– ولكى يقوى رأيه الضعيف ، عمد المسيو فيل الى القول برأى آخر أكثر ضعفا مؤداه أن الحكم الصادر فى معارضة الشخص الثالث بقبولها موضوعا لا يقتصر أثره على المعارض فقط وانما يتعداه الى الكافة erga omnes ، يتعداه الى جميع أطراف الحكم الأصلى المطعون فيه بالمعارضة حتى ولو لم يمثلوا فى الدعوى بأشخاصهم أو بمن ينوب عنهم ؟؟ وهذا قبل أن يكون مخالفاً للمبادىء الثابتة المستقرة فى المرافعات ، انما يكون بغير شك مخالفاً لمبادىء المنطق والرأى السليم .

اننا لا يمكننا أن نسلم برأى مسيو فيل Weil الا بعد اجراء تعديل شامل فى أقوى المبادىء التقليدية للمرافعات التى استقرت منذ عشرات السنين .

٢٧٥– والآن ، اذا استعرضنا مدى ما يتمتع به مجلس الدولة المصرى فى ولايته القضائية من اختصاصات لوجدنا أنه يختص :

أولا : بالغاء القرارات الادارية الفردية واللائحية .

ثانيا : بالنظر فى الطعون الانتخابية المحلية والاقليمية .

ثالثا : فى مواد المسئولية عن القرارات الادارية الضارة (وسوف تأتى حتما فى القريب المسئولية عن الأفعال الضارة) .

رابعا : بالنظر فى المنازعات المتعلقة بمرتبات ومعاشات الموظفين .

خامسا : العقود الادارية .

سادسا : طعون الضرائب .

وسوف نتناول بالدراسة المواد الخمس الأولى لنتبين طبيعة كل مادة ومدى ما يتمتع به الحكم الصادر فيها من حجية مطلقة أو نسبية فاذا كان الحكم ذا حجية مطلقة يسرى فى مواجهة الكافة erga omnes فاننا نرى رفض معارضة الشخص الثالث بالنسبة له ، أما اذا كان الحكم يتمتع بحجية نسبية فقط جازت فيه معارضة الشخص الثالث .

أما عن قضاء الضرائب فسوف نترك البحث فى طبيعته الآن الى بحث قريب نظراً لحدته ، وما تضفيه عليه الحدة من أهمية خاصة .

٢٧٦– قضاء الالغاء أو الطعن بتجاوز السلطة : ان المسألة التى تعرض فى هذا الصدد هى وجود أمر ادارى فردى أو لائحى يدعى البعض أنه مخالف للقانون . والمطلوب فقط من القاضى أن يقرر ما اذا كان القرار الادارى الفردى أو اللائحى مخالفاً فعلا للقانون أم موافقاً له . فموضوع التقرير constatation لايتعلق مطلقاً بأى حق شخصى droit subjectif وانما هى مسألة تتعلق أولا وأخيرا بالقانون le droit objectif ، وبالتالى فلا يشترط أبدا لقبول الطعن بتجاوز السلطة أن يوضح رافعه للمحكمة قبل الدخول فى الموضوع الحق الشخصى الذى يحتج به وانما يكتفى فقط بتوافر شروط المصلحة وذلك حتى لا يغدو هذا الطعن نوعا من دعوى الحسبة l'action populaire .

وموضوع الطعن اما أن يكون قرارا اداريا فرديا ، أو قراراً اداريا لائحيا .

٢٧٧– (١) فى حالة القرار الادارى الفردى : فانه يطلب من القاضى أن يقرر ما إذا كان هذا القرار موافق أو مخالف للقواعد القانونية الواجبة التطبيق actes-règles applicables ، ومهمة القاضى تنحصر فى بحث شروط انطباق القاعدة القانونية ومدى مخالفة القرار الادارى الفردى

للقواعد الواجبة التطبيق أو موافقته لها . ان الطاعن لايثير أى حق شخصى ، انما هى مسألة متعلقة بالمشروعية ، وبالمشروعية فقط . والقضاء فيها بغير شك يعتبر قضاء موضوعيا contentieux objectif .

٢٧٨– (٢) وفى حالة القرار الادارى اللائحى : فان ما يطلب من القاضى تقريره هو نفس الشىء السابق . ان الامر الادارى اللائحى قد يحوى قاعدة أو عدة قواعد قانونية والمطلوب من القاضى هو أن يقرر أن هذه القواعد مطابقة أو مخالفة للقواعد القانونية الأعلى منها ، ولهذا فهى مسألة متعلقة أيضا بالقانون le droit objectif وليس بأى حق شخصى . والقضاء فى هذا انما يكون – أيضا – قضاء موضوعيا contentieux objectif .

٢٧٩– والحكم الصادر فى الطعن بتجاوز السلطة سواء بالغاء الأمر الادارى اللائحى أو الفردى انما يكون عملا قانونيا موضوعيا acte juridique objectif ذا أثر مطلق بالنسبة للكافه erga omnes :

(ا) فاذا صدر بالالغاء انتهى القرار الادارى نهائيا كما لو كانت الادارة قد سحبته ويتعين على الادارة ألا تعيده فى نفس الشكل والظروف والا اعتبر – لمجرد اعادته – مخالفا للقانون متعينا الغاؤه ، ويستطيع الاحتجاج بالالغاء ليس مقدم الطعن وحده وانما جميع الناس أى الكافة ، أعنى حتى الذين لم يكونوا قد تدخلوا مع الطاعن فى طعنه بالالغاء .

(ب) أما اذا صدر برفض الالغاء ، فان أثره أيضا يتعدى الطاعن ، لأن الأمر الادارى سيبقى قائما بالنسبة للكافة ، بالنسبة للجميع . حقا ... يستطيع أفراد آخرون غير مقدم الطعن اذا توافرت لهم المصلحة أن يقدموا طعنا جديدا بالالغاء فى نفس الأمر الادارى ولكن هذه مسألة متعلقة بالقبول de pure recevabilité لا تؤثر فى كون الحكم الصادر عملا قانونيا موضوعيا ذا أثر مطلق[1] .

---

(١) دوجى : مطوله فى القانون الدستورى جزء ٢ طبعة ٣ ص ٤٨٨ وما يلى .

٢٨٠ــ والحكم الصادر فى الطعن بتجاوز السلطة سواء بالالغاء أو برفض الالغاء لا يمكن الطعن فيه بمعارضة الشخص الثالث .

فأما الحكم الصادر بالالغاء : فلأنه يتمتع بحجية مطلقة ، أى يعتبر أنه يسرى بالنسبة للكافة ، لأن القاضى قد قام بتقرير constatation مقتضاه مخالفة الأمر الادارى للقانون وبالتالى فيعتبر ملغيا بالنسبة للجميع ، وليس فقط بالنسبة للطاعن ، لأن هذا الأخير لم يحتج بحق شخصى يمكن أن يتغير من فرد الى فرد .

وأما الحكم الصادر برفض الالغاء : فلأن صاحب المصلحة فى الغاء القرار الادارى ما عليه الا أن يقدم طعنا جديدا بالالغاء ، ولا يقبل منه أن يفوت على نفسه ميعاد الطعن حتى اذا رفض طعنا كان سواه قد قدمه فى الميعاد ، تباكى على هذا الرفض وقدم طعنا بمعارضة الشخص الثالث فى الحكم الصادر برفض الالغاء ، لأن عمله هذا انما ينطوى على غش نحو القانون أراد به أن يتحايل على نصوص القانون الخاصة بميعاد الطعن[1] .

٢٨١ــ ثانيا : قضاء الطعون الانتخابية المحلية والاقليمية : هذا هو أكثر الطعون الأربعة الباقية شبها بالطعن بالالغاء . فالطاعن الذى ينازع فى صحة أمر ادارى قضى باعلان أحد الأفراد فائزا فى الانتخابات لا يحتج بأى حق شخصى له وانما هو يطلب فقط تقرير ما اذا كان ذلك الأمر الادارى مطابقاً أو مخالفاً للقواعد القانونية المنظمة للانتخابات . فالقضاء فى هذا الشأن ، انما هو بغير أدنى شك قضاء موضوعى ، ومن ثم فان الحكم الصادر فى هذا الشأن ــ كالحكم فى الطعن بالالغاء ــ لا يقبل الطعن فيه بأى حال بمعارضة الشخص الثالث .

ويلاحظ أن الطعن الانتخابى يتميز عن الطعن بالالغاء من حيث السلطات الواسعة التى يملكها القاضى : فمثلا هو يستطيع فى حالة وجود خطأ حسابى أن يصحح هذا الخطأ ، ويصحح النتيجة التى أعلنت ويعلن بأن زيدا هو الفائز وليس عمرو الذى كان قد أعلنته الادارة فائزا فى الانتخابات

---

(١) قارن : Weil ، المؤلف السابق . ص ١٢٢ .

فالقاضى لا يكتفى عند ما يتبين الخطأ بالغاء الأمر الادارى ، وانما يبين بنفسه الشخص الذى يجب اعلانه فائزا طبقاً للقواعد القانونية الواجبة التطبيق ، وذلك لأن الطعون الانتخابية تدخل فيما يسمى بولاية القضاء الكامل .

٢٨٢- ثالثا : قضاء المسئولية : ان المسألة التى تعرض فى قضاء المسئولية هى تقرير constatation ما اذا كان الفعل المادى أو العمل القانونى قد تم مخالفاً للقانون ، ثم استخلاص النتائج المنطقية المترتبة على هذا التقرير والتى تتلخص فى الحكم بالتعويض أو رفضه ، فان الطاعن عندما يلجأ الى المحاكم فانه لايحتج بأى حق شخصى لسبب بسيط هو أنه لا يملك هذا الحق ولم يكن يملكه فى الماضى ، وكل ما يستطيع طلبه من القاضى هو أن يقرر مخالفة الفعل المادى أو العمل القانونى للقانون le droit objectif ثم الحكم بالتعويض كنتيجة منطقية لذلك ، وعلى هذا يكون قضاء المحكمة فى هذا الشأن انما هو قضاء موضوعى contentieux objectif هكذا تجرى الأمور فى رأى العميد دوجى الذى يرى أن طبيعة الحكم ومداه انما يتعلقان بنوع القضاء الذى يصدر الحكم به ، فاذا صدر الحكم فى قضاء موضوعى كان هوعملا قانونيا موضوعيا acte juridique objectif واذا صدرفى قضاء شخصى كان هوعملا قانونيا شخصيا acte juridique subjectif وكان مقتضى هذا بطبيعة الحال أن يكون الحكم الصادر بالتعويض عملا قانونيا موضوعيا تبعا لطبيعة قضاء المسئولية ، ولكن العميد دوجى يقول بغير ذلك : يرى أنه ابتداء من صدور الحكم ومن تلك اللحظة وحدها يوجد بين المحكوم له بالتعويض وبين المحكوم عليه مركزا قانونيا شخصيا ، بل لعله المركز القانونى الشخصى فى أدق معانيه : ذلك الذى يتلخص فى قيام رابطة دائن ومدين . وبالتالى فان الحكم الصادر بالتعويض لا يكون عملا قانونيا موضوعيا وانما عملا قانونيا شخصيا ، ولكنه وان اعتبر كذلك لايقرر ne constate pas حقاً شخصيا وانما يخلقه ، فان التعويض لا ينشأ من الفعل الضار وانما ينشأ من الحكم القاضى به ، أما قبل الحكم فيوجد طريق قانونى ، دعوى للمضرور ينال بها حقه ، ولكن ليس هنالك أى حق ، وهذا مخالف لما يراه الفقيه الكبير Potier ومن تبعه من فقهاء

القانون المدنى الذين يقررون أن التعويض انما ينشأ من الفعل الضار ، ان هذا فى نظر العميد دوجى ما هو الا احدى الحقائق المعكوسة التى شاعت عقلية الفقهاء المحافظة أن تتناقلها من جيل الى جيل[1].

٢٨٣– ولكن الأستاذ جاستون چيز يرى أن الأمور لا تسير بهذا الشكل (٢) : فان المضرور اذ يطالب بالتعويض فانما يطالب بحق شخصى وان القاضى اذ يقضى له بذلك فانه لا يخلق له هذا الحق وانما يقرره فقط ، وطبقاً لآراء الفقيه الكبير فان القانون يمنح لكل شخص يوجد فى ظروف معينة ، أعنى فى مركز واقعى معين situation de fait الحق فى أن يخلق لنفسه – باعلان ارادى صادر عنه – دينا قبل الادارة أو قبل فرد معين ، وهذا الدين هو بذاته الذى يطلب المضرور من القاضى تقريره ويعيب چيز على العميد دوجى قوله « ان المضرور يطلب من القاضى ان يستخلص النتائج المنطقية من تقريره بمخالفة القانون » موضحا أن المضرور لايترك للقضاء حرية تحديد مدى مخالفة القانون والحكم بالتعويض الملائم وانما يجب أن يحدد هو للقاضى الرقم الذى يريده ، أى مدى حقه الشخصى الذى خلقه بارادته المعلنة ، حقاً يستطيع القاضى أن يقرر أن الضرر ليس له المدى الذى يدعيه المضرور ولكنه ليس له أن يحكم بأكثر مما طلبه المضرور ، ليس له أن يرى أن الضرر ذو نطاق أوسع مما يحدده المضرور ؛ لأنه ان فعل ذلك فان قضاءه سيكون معيبا لأنه حكم بأكثر مما طلبه الخصوم Ultra-petita وينتهى چيز من ذلك بأن المضرور اذ يطالب بتعويض عن ضرر اصابه فانما يحتج فى الحقيقة بحق شخصى يطلب من القاضى تقريره لا خلقه كما يقول دوجى .

٢٨٤– ويرد العميد دوجى على ذلك بأن القاضى لايستطيع أن يحكم بأكثر مما طلبه المضرور فى دعواه لأن الأمر يتعلق بمصالح خاصة لا عامة ، ثم يدلل على كون الحكم نتيجة لمخالفة القانون وليس نتيجة « لتقرير الدين » الذى أنشأه المضرور بارادته المنفردة بأن القانون الواجب التطبيق

---

(١) دوجى . المطول فى القانون الدستورى . جزء ٢ طبعة ٣ ص ٤٨٤ وما يلى .

(٢) مجلة القانون العام : سنة ١٩٠٩ ص ٦٧٩ .

هو القانون السارى وقت الفعل الضار وليس وقت اعلان ارادة المضرور ، أما عن كون الحكم القاضى بالتعويض ينشىء الحق الشخصى ولا يقرره فدليله عليه قضاء محكمة النقض فيما يتعلق بالصلح الواقى من الافلاس concordat ، فان المجنى عليه فى فعل ضار الذى كان قد قدم طلب التعويض أى قام برفع الدعوى قبل الصلح الواقى ولكن لم يصدر له الحكم الا بعده ، يجد أن الصلح الواقى يعتبر غير سارٍ فى مواجهته inopposable وتقرر محكمة النقض فى ذلك ... ...

" ... qu'avant le jugement allouant les dommages-intérêts, la victime de quasi-délit *n'a aucun droit reconnu, aucun titre de créance, dont elle puisse se prévaloir.*"

أى ما معناه « ... أنه قبل الحكم الذى يقضى بالتعويض فان المضرور ليس له أى حق معترف به ، ليس له أى سند دين يمكن أن يحتج به »[1] .

٢٨٥– وأيا كانت الحجج التى يستند اليها كل منهما ، فان الذى يهمنا فى صدد هذا البحث هو مدى حجية الشىء المقضى به وهل هى مطلقة أم نسبية ، وفى هذا يجمع كلاهما على أن الحكم الصادر بالتعويض انما هو acte subjectif عمل قانونى ليس له سوى الحجية النسبية لقوة الشىء المقضى به[2] .

٢٨٦– رابعا : قضاء المرتبات والمعاشات : وهنا نرى للأستاذ جيز رأيا مشابها لرأيه الذى أبداه بصدد قضاء المسئولية ، فالموظف الذى يطالب بمرتب أو معاش تنازعه الادارة فيه انما يطالب بحق شخصى droit subjectif بتنفيذ التزام يقع على عاتق الادارة ، ومهمة القاضى انما تنحصر فى تقرير constatation مدى وجود هذا الالتزام ، فقضاؤه فى هذا بطبيعته انما يعتبر قضاء شخصيا ، والحكم الصادر بهذا القضاء انما يعتبر متمتعا بحجية نسبية لا حجية مطلقة .

٢٨٧– والواقع أن القول بأن قضاء المرتبات والمعاشات هو قضاء شخصى لهو محل نظر كبير ، لأن الموظف لا يطالب بحق شخصى قاصر عليه ، وانما هو يطالب بتطبيق القانون عليه ، انما يستمد حقه من هذا القانون

---

(١) دوجى : المرجع السابق ص ٤٨٦ وما بعدها . وأنظر الاحكام التى استند عليها .

(٢) قارن ما قاله Lampué فى مقاله المنشور فى مجموعة الدراسات لتكريم جورج سل . الجزء الأول ص ٢٨٥ .

من القواعد القانونية الواجبة التطبيق فى هذا الشأن والتى صدرت عامة ومجردة . فمركز الموظف بالنسبة للمرتبات والمعاشات كمركزه بالنسبة للترقية والتأديب انما هو بغير شك مركز قانونى موضوعى . فبمجرد صدور قرار التعيين الذى يعتبر شرطا لانطباق النظام القانونى للموظفين le statut légal ، أى عملا شرطيا acte-condition يستمد الموظف حقوقه وواجباته مباشرة من القانون دون توسط أى عمل قانونى شخصى acte juridique subjectif ، يتساوى فى ذلك هو وجميع الموظفين الذين تتوافر فيهم نفس شروطه دون أن يحتج أى منهم بحق شخصى يميزه فى ذلك عن غيره ، فهو قطعا فى مركز قانونى موضوعى ولا يمكن أن يكون الأمر غير ذلك الا اذا عين الموظف بعقد فانه فى هذه الحالة يستمد حقوقه وواجباته من العقد الذى أمضاه مع الادارة ، ولذلك فانه اذ يحتج فانما يحتج بحق شخصى استمده من هذا العقد ، فهو بذلك فى مركز قانونى شخصى .

٢٨٨ــ وليس أدل على صحة الرأى الذى نراه من أن مجلس الدولة الفرنسى قد قبل الطعن بالالغاء ضد قرار الادارة برفض منح هذه المزايا المالية لموظف (قضية Lafage)[١] ونحن نعلم أن الطعن بتجاوز السلطة هو طعن موضوعى بحت ، والمسائل التى ينصب عليها انما تتعلق أولا واخيرا بالقانون le droit objectif ، سواء فى ذلك القواعد القانونية التى تنطبق على الجميع بغير تمييز كقواعد الحريات العامة أو القواعد القانونية التى يشترط لانطباقها وجود عمل شرطى acte-condition كالقواعد القانونية المتعلقة بنظام الموظفين ، فقبول الطعن بالالغاء ضد قرار الادارة انما هو قاطع الدلالة على أن قضاء المرتبات والمعاشات قضاء موضوعى فالمجلس لا يبحث سوى وجود القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ومدى انطباقها ثم موافقة الأمر الادارى لها أو مخالفته اياها دون أن يسمح لنفسه أو للطاعن بمناقشة أى حق شخصى .

(١) مجلس الدولة الفرنسى فى ٨ مارس سنة ١٩١٢ . مجموعة لوبون ٣٤٨ .

٢٨٩ــ ولكن اذا كان قضاء المرتبات والمعاشات قضاء موضوعيا فان الحكم الصادر لموظف بالمبالغ التى تنازعه فيها الادارة انما هو عمل قانونى شخصى acte juridique subjectif لأنه يرتب علاقة دائن ومدين بين فردين وبذلك لايكون له سوى حجية نسبية لا حجية مطلقة .

ويلاحظ بهذا الصدد أن طلبات الطاعن قد غيرت من طبيعة الحكم الصادر : فلو أنه اقتصر على أن يطلب من القاضى تقرير مخالفة القرار الادارى ــ الذى نازعه حقه فى المرتب أو المعاش ــ للقانون أو موافقته له ، لو اقتصر الطاعن على ذلك فقط لكان الحكم الصادر عملا قانونيا موضوعيا ، ولكن اذا طلب من القاضى بعد فراغه من مهمة التقرير هذه أن يقضى له بمبالغ مالية أو تسوية مالية فان الحكم الصادر وهو ينشىء علاقة دائن ومدين لا يكون الا عملا قانونيا شخصيا ذا حجية نسبية .

٢٩٠ــ خامسا : قضاء العقود والحقوق الشخصية بوجه عام : ان هذا القضاء هو بغير شك هو قضاء شخصى contentieux subjectif لا موضوعى لأن الأمر لايعدو أن يكون متعلقاً بتحديد مركز من المراكز القانونية الشخصية ، بتحديد وجوده ثم بتحديد نطاقه .

وقد يطعن أحد الخصوم فى وجود أو صحة العقد الذى كان أساسا للمركز القانونى الشخصى وهنا يتعين على القاضى أن يفصل فى هذه المسألة وقضاؤه فى هذا الشأن انما هو قضاء شخصى لا موضوعى ، حقا يمكن أن يقال ان القاضى عندما يبحث أمر انعقاد العقد وصحته انما يبحث فى الواقع مدى مطابقة هذا العقد للقانون أو مخالفته له فقضاؤه فى هذا انما يعد قضاء موضوعيا(١) ولكنهم نسوا أو تناسوا أن القاضى عندما يفعل هذا لا يقف عند هذا الحد ، لا يعلن مخالفة العقد للقانون فقط ويسكت ، لأنه لايبحث هذه المسألة لذاتها منفردة ، وانما هو يبحثها بصدد مركز قانونى شخصى ، يبحثها ليتبين ما اذا كان هذا المركز القانونى قد نشأ صحيحا من مصدر صحيح أم لم ينشأ لانحداره من مصدر غير موجود

---

(١) Lampué ، البحث السابق .

أو باطل ، فقضاؤه اذن فى جميع الحالات انما يعد قضاء شخصيا ، فسواء أكان محل البحث هو تحديد نطاق المركز القانونى الشخصى الناتج عن العقد أو كان محل البحث هو تحديد صحة أو بطلان العقد ففى كلا الحالين انما يبحث القاضى مسألة وجود مركز قانونى شخصى ونطاقه ، فيكون حكمه فى الحالين عملا قانونيا شخصيا ذا حجية نسبية لا مطلقة (١) .

٢٩١ـ الخلاصة : ان قضاء الالغاء وقضاء الطعون الانتخابية انما يعتبر كل منهما قضاء موضوعيا لا شخصيا ومن ثم كان الطعن بمعارضة الشخص الثالث فى كلا النطاقين غير جائز .

وقضاء المرتبات (على التفصيل الذى بيناه) وقضاء المسئولية وقضاء العقود انما يعتبر كل منهما قضاء شخصيا وبالتالى كان الطعن بمعارضة الشخص الثالث غير ممتنع . هذا من الناحية النظرية .

٢٩٢ـ أما من الناحية العملية : فالواقع أن الطعن بمعارضة الشخص الثالث بهذه الشروط التى وضعناها له ، والتى كانت نقطة البدء فيها أنه لايجوز فى حالة الطعون المتعلقة بالقضاء الموضوعى ، وانما يجوز فقط فى حالة القضاء الشخصى ، سيقل استعماله الى حد بعيد من الناحية العملية ، ذلك لأننا قد قفلنا ـ بهذا التحليل الذى وضعناه ـ الباب فى وجه أصحاب الشأن فى أهم نطاقين كان يهمهم استعمال هذا الطعن فيهما ، وأعنى بهما : نطاق الطعن بالالغاء أو بتجاوز السلطة ، ونطاق الطعون الإنتخابية المحلية والاقليمية . أما النواحى الثلاثة الأخرى التى أبحنا الطعن فيها فقلما تتوافر لفرد من الأفراد مصلحة فى الطعن فى الأحكام الصادرة فيها بمعارضة الشخص الثالث .

واذا كان الطعن بمعارضة الشخص الثالث سيكون من الطعون القليلة الاستعمال فى الحياة العملية فان الطعن بالمعارضة قد قفل نهائيا فى وجه أصحاب الشأن فى ظل القانون الجديد لمجلس الدولة كما سنرى فى الباب التالى .

---

(١)دوجى : المطول فى القانون الدستورى الجزء الثانى الطبعة الثالثة ص ٤٥٨ وما يلى .

الباب الثانى

الطعن بالمعـارضة

L'opposition

٢٩٣– الطعن بالمعارضة هو طريق من طرق الطعن يفتح لصالح الخصم المتغيب ضد الأحكام الصادرة فى غيبته ، فهو يفتح اذن للخصوم الموجودين فى الدعوى والذين لم يقدموا لا مذكرات مكتوبة ولا ملاحظات[١]

٢٩٤– وفى فرنسا : نظم الأمر الصادر فى ٣١ يوليه سنة ١٩٤٥ بنظام مجلس الدولة الفرنسى هذا الطريق من طرق الطعن بالمواد ٧٢ ، ٧٣ ، ٧٤ .

فنص فى المادة ٧٢ على أن أحكام مجلس الدولة الغيابية قابلة للطعن فيها بالمعارضة ، وهذه المعارضة غير موقفة لتنفيذ الحكم الا اذا نص الحكم على خلاف ذلك . ويجب أن تقدم فى خلال شهرين من تاريخ اعلان الحكم .

ونص فى المادة ٧٣ على أن الحكم الذى يقبل المعارضة يضع الخصوم فى نفس الحالة التى كانوا عليها آنفاً . وفى القضايا التى تكون وساطة المحامى فيها اجبارية أى التى يجب أن يرفعها محام مقيد أمام المجلس فان الحكم الصادر بقبول المعارضة يعلن فى مدى ثمانية أيام من تاريخ صدوره الى محامى الطرف الآخر .

ونصت المادة ٧٤ على عدم قبول معارضة خصم غائب ضد حكم صدر حضوريا بالنسبة لخصم آخر له نفس مصلحة الخصم الأول .

٢٩٥– ويلاحظ أن هذه النصوص قد وضعت فى صيغة عامة تسرى على الأحكام الصادرة بالالغاء وعلى غيرها من الأحكام الصادرة من مجلس الدولة .

---

(١) Odent : المرجع السابق ص ٤٠٨ .

وقد أثار الطعن بالالغاء بعض المناقشات بصدد هذا الطعن بالمعارضة اذ أن المقرر أن الطعن بالالغاء أو بتجاوز السلطة انما هو طعن موضوعى لايخلق دعوى بين أطراف وخصوم وانما هو عبارة عن مخاصمة للقرار الادارى (١) ، ولا يوجد به سوى شخص واحد هو المدعى أى رافع الطعن ، وهذا قد قدم عريضة الدعوى أى أنه قد قدم ملاحظاته المكتوبة وبالتالى فان الحكم بالنسبة له سيعتبر حضوريا . فكيف اذن تتصور الغيبة وخاصة أن الادارة تتلقى دائما دعوة لتقديم ملاحظاتها(٢) ؟

٢٩٦– ومع ذلك فقد قبل مجلس الدولة الفرنسى المعارضة بحكمه الصادر فى قضية Ackein فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (٣) . وتتلخص وقائع القضية فى أن طعنا بالالغاء قدم ضد تعيين أحد الموثقين فى الهند الصينية ، وقد أدخل هذا الموثق فى الدعوى وأرسلت أوراق الطعن اليه ولكنه لم يقدم أى دفاع ، ثم صدر الحكم بالغاء تعيينه فطعن فى الحكم – الصادر بالالغاء – بالمعارضة ، فأصدر مجلس الدولة حكمه السابق بقبولها لأن ادخال الطاعن فى الدعوى الأصلية لم يجعله من الغير وانما جعله طرفا فيها ، وبما أنه لم يقدم دفاعه اعتبر غائبا يحق له الطعن بالمعارضة .

٢٩٧– ولكن هل يعتبر الطعن بالمعارضة متعارضا مع طبيعة الأحكام الصادرة بالالغاء ذات الحجية المطلقة ؟ الواقع أنه ليس هنالك أى تعارض لأن الأمر لايعدو أن يكون أحد فرضين : اما أن يغيب جميع أصحاب الشأن فى القضية ، أو يغيب بعضهم فقط .

١ – فاذا غاب جميع المدعى عليهم ، أو بعبارة أخرى جميع أصحاب الشأن فى بقاء الأمر الادارى المطعون فيه الذين أدخلوا فى الدعوى اعتبر الحكم الصادر بالالغاء غيابيا بالنسبة لهم جميعا ولا يضير الحجية المطلقة للحكم أن يلغى بعد ذلك – على أثر المعارضة – بالنسبة للجميع لأنه لايضير

---

(١) راجع ما قلناه عن ذلك فى الباب السابق وخاصة مذكرة مفوض الدولة Jagerschmidt

(٢) ڤالين : الرقابة القضائية على أعمال الادارة ص ٢٠١ .

(٣) ڤالين : المرجع السابق .

الحجية المطلقة لحكم الالغاء أن يلغى اذا ما استؤنف أمام جهة أعلى (كأحكام المحاكم الادارية الفرنسية عند ما تستأنف الآن أمام مجلس الدولة الفرنسى) .

٢ – واما أن يغيب بعض أصحاب الشأن فى بقاء الأمر الادارى (الذين أدخلوا فى الدعوى) ويحضر البعض الآخر ، هنا كان يحتمل أن يكون التعارض بين الحجية المطلقة للحكم الصادر بالالغاء والطعن بالمعارضة ، لأنه اذا طبقنا القواعد العادية لاعتبر الحكم غيابيا بالنسبة للبعض وحضوريا بالنسبة للبعض الآخر ، فاذا ما طعن فيه الغائبون بالمعارضة وحكم بقبولها شكلا وموضوعا حدث التعارض والتناقض اذ يعتبر الحكم بالالغاء ساريا بالنسبة للبعض ، وغير سار بالنسبة للبعض الآخر مع أنه يجب أن يتمتع بحجية مطلقة بالنسبة للكافة erga omnes ، ولتفادى ذلك نص قانون مجلس الدولة الفرنسى فى مادته الرابعة والسبعين على أن الحكم يعتبر حضوريا فى هذه الحالة وتمتنع المعارضة فيه .

٢٩٨– شروط قبول المعارضة فى القانون الادارى الفرنسى[1] :

أولا : يجب أن تقدم قبل انتهاء ميعاد الطعن أى فى ظرف شهرين من تاريخ اعلان الحكم .

ثانيا : يجب أن تقدم من شخص اختصم فى الدعوى ولم يقدم دفاعاً أو ملاحظات ، فاذا كان ذلك الخصم قد قدم ملاحظاته مكتوبة أى قدم مذكرة مكتوبة فان الحكم بالنسبة له يعتبر حضوريا حتى ولو لم يكن قد قدم دفاعه بواسطة محام[2] وعلى هذا الأساس فان الحكم لا يمكن أبدا أن يكون غيابيا بالنسبة للمدعى أى مقدم الطعن لأنه قد قدم سلفاً صحيفة الدعوى وبها طبعا أسانيده وملاحظاته فى المنازعة الادارية وبناء على ذلك فان طريق المعارضة يقفل فى وجه المدعى أى مقدم الطعن بالالغاء[3] .

---

(١) Odent : المرجع السابق ص ٤٠٩ .

(٢) Commune de Pers-Jussy : C. E. 20 oct. 1937. Rec p. 833

(٣) Société des wagons-Foudres, C. E. 22 mars 1929. Rec. p. 375

٢٩٩ــ هل يوجد هذا الطريق من طرق الطعن فى القانون الادارى المصرى : ان تطبيق شروط قبول المعارضة السابقة فى مصر تؤدى بنا الى القول بعدم وجود الطعن بالمعارضة كطريق من طرق الطعن فى أحكام القضاء الادارى المصرى . ذلك أن الحكم الصادر من مجلس الدولة فى المنازعة الادارية لا يتصور أن يكون غيابيا بالنسبة للمدعى لأنه هو الذى أدخل المنازعة الادارية الى ساحة القضاء الادارى بصحيفة دعواه وقد أبدى فيها ملاحظاته وأسانيده ، ولا يتصور أن يكون الحكم غيابيا بالنسبة للادارة التى تقوم بدور المدعى عليه فى معظم المنازعات الادارية لأن مفوض الدولة الذى تتمثل فيه الحيدة لصالح القانون يسعى جاهدا لجمع المعلومات والقيام بالتحقيقات وطلب البيانات المفيدة للفصل فى الدعوى فلا يتصور ألا يسمع دفاع الادارة فى مثل هذا التنظيم الفنى . وقد يقال ان الادارة قد تتخلف عن ابداء أقوالها فنرد على ذلك أنها ان فعلت ذلك رغم الحاح المفوض فلهذا الأخير وسيلة قانونية لأجبارها قررتها له المادة ٢٧ من قانون مجلس الدولة ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ وهى فرض غرامة عليها لا تجاوز الف قرش يجوز منحها للطرف الآخر اذا تكرر التأجيل لنفس السبب دون مقتض وتقاس حالة الامتناع على حالة التأجيل . فاذا تمادت الادارة فى امتناعها عن تقديم دفاعها كان عملها هذا خطأ جسيما يصل الى حد الغش بقصد عرقلة سير القضاء ، ولذلك وجب أن يرد عليها قصدها ويعتبر الحكم دائما حضوريا بالنسبة لها .

٣٠٠ــ ولهذا فاننا نعتقد أنه فى ظل التنظيم الجديد لمجلس الدولة الذى جاء به القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، ووجود هيئة المفوضين التى جعلها القانون أمينة على المنازعات الادارية : تتولى تحضيرها وتهيئتها للمرافعة بالحصول على كل ما يلزم من بيانات وأوراق وتحقيق وقائع وادخال شخص ثالث فى الدعوى وتكليف ذوى الشأن بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية الى غير ذلك من الاجراءات الضرورية اللازمة لكى يكون المفوض فى تقريره رأيا محايدا « تتمثل فيه الحيدة لصالح القانون الذى يجب أن تكون كلمته هى العليا » على حد تعبير المذكرة الايضاحية ، ينتفى الأساس القانونى للمعارضة وهو عدم وجود كل عناصر المنازعة ،

الضرورية للحكم فيها ، تحت نظر القضاة . فان المشرع بهذه السلطات الواسعة التى خولها لهيئة المفوضين قد جعل المتقاضين فى غنى عن هذا الطريق من طرق الطعن لسبب بسيط هو أن جميع العناصر الضرورية للحكم فى المنازعة سوف تكون واضحة تحت نظر القضاة ، الأمر الذى يهيء لهم الى حد كبير حكما صائبا . لهذا كله ، فاننا نعتقد أن القانون المصرى لا يعرف الطعن بالمعارضة كطريق للطعن فى أحكام مجلس الدولة كما أنه لايعرف نظام شطب الدعوى لغياب المدعى (المقرر فى قانون المرافعات بالمادة ٩١)[١] .

(١) وحتى قبل صدور القانون الأخير لمجلس الدولة رفضت بعض المحاكم الادارية التى أنشئت بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٤ الاعتراف بوجود هذا الطريق من طرق الطعن عند ما عرض الأمر عليها . ومثال ذلك ما أصدرته محكمة الاسكندرية الادارية بجلسة ١٩٥٤/١٠/٥ فى المعارضة المقيدة بالجدول العمومى تحت رقم ٣ لسنة ١ ق المقدمة من وزارة الاوقاف ، بحكم أعد حيثياته الأستاذ عبد الخالق شهيب رئيس المحكمة الحالى .

أهم المراجع[1]

1. André - Vincent (PH) : Le recours en révision contre les arrêts du Conseil d'Etat, Revue du droit public 1938 p. 423.

2. Conclusion Josse et note P.L. au S. 1931—3—33 sous C.E. 21 nov. 1930 et 16 Janv. 1931.

3. Note P.L. sous Caby C.E. 7. Avril 1933. S. 1934.—3—113.

4. Not de Soto, D. 1950 J. 614 sous Derbez.

5. P. de Font Réaulx : Les pourvois devant le C.E. contre les décisions des autres tribunaux administratif. thése. Paris 1930.

6. Barjot (A) : Le recours en cassation devant le C.E. Etudes et Documents no 5, 1951, p. 64.

7. Dupuy : (R.J.) Le pourvoi en cassation et la dualité du contentieux de l'annulation. R. D. P. 1950—505.

8. Notes : 1. Colliard : D. 1945 J. 272.
   2. L'Huillier : S. 1946—3—9.
   3. Liet - Veaux : S. 1947—3—49.
   4. Waline, Revue du droit public 1947 p. 68.
   5. P. L. J., D. 1948 J. 558.

9. Lampué : La distenction des contentieux, Etudes en l'honneur de Georges Scelle.

10. Jéze (Gaston) : R. D. P. (Revue du droit public) 1909 p. 679.
    : R. D. P. 1913 p. 331.

11. Jéze (Gaston) : Principes généraux de droit administratif. 3e édit.

12. Conclusion Léon Blum et note Hauriou C. E. 29 nov. 1912, Bossuge, S. 1914—3—33.

13. Conclusion Josse sous C. E., 21 janv. 1938, Cie P. L. M. Rec. p. 70.

14. Morel : Trait élémentaire de procédure civile, 2e édit.

---

(١) اننا لم نضع هنا سوى المراجع التى أفادتنا أكثر من سواها فى هذا البحث ، وهنالك مراجع أخرى كثيرة أشرنا الى كل منها فى الموضع المناسب .

15. Glasson, Morel, Tissier : Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile 3e édit.

16. Garsonnet et Cézar - Bru : Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale.

17. Laferrière : Traité de la juridiction adm. et des recours. contentieux, 2e édit. Paris 1896.

18. Duguit : Traité de droit constitutionnel 3e édit.

19. Odent : Cours de contentieux administratif. 1953—1954.

20. Waline : Le contrôle juridictionnel de l'administration. Le Caire. 1949.

21. Waline : Traité élémentaire de droit administratif 6e édit.

22. Hauriou : La jurisprudence administrative en 3 vol.

23. De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif. 1953.

24. Bonnard : Précis de droit administratif. 3e édit.

25. Duez et Debeyre : Traité de droit administratif. 1952.

26. Rolland : Précis de droit administratif. 1947.

٢٧ الوجيز فى المرافعات ، للدكتور عبد المنعم الشرقاوى . طبعة سنة ١٩٥١

٢٨ المرافعات المدنية والتجارية للدكتور احمد ابو الوفا .

٢٩ مجموعة أحكام مجلس الدولة المصرى التى يصدرها المكتب الفنى .

٣٠ مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا .

خطة البحث

صفحة

صفحة

نقد الكتب

للدكتور جمال مرسى بدر

جينو جورلا : " العقد ، دراسة لمشكلاته الرئيسية طبقاً للمنهج المقارن ومنهج الأقضية "

الجزء الأول ٥٤٣ صفحة ، الجزء الثانى ٦٧٨ صفحة ، ميلانو ١٩٥٥ .

Gorla, Gino : "Il Contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico" Vol. I, XIV + 529 pp., Vol. II, XV + 663 pp., Milano 1955.

يأخذ فقهاء النظام الانجلو امريكى على فقهاء النظم اللاتينية والجرمانية أن فقههم يبالغ فى الاعتماد على التجريد والتعميم ويستند الى المنطق البحت متجاهلا الاعتبارات الواقعية ونتائج التجارب العملية التى هى عماد الفقه الانجلو امريكى طبقا لمنهج الأقضية case-method ، وقد نشأ عن ازدهار الدراسات القانونية المقارنة فى السنوات الأخيرة ان لفتت مناهج البحث الانجلو امريكية أنظار فقهاء النظم اللاتينية والجرمانية بحيث لا يعدم الناظر فى قوانين البلاد الأوربية وفقهها فى الفترة التالية للحرب العالمية الأخيرة آثارا متفرقة لتأثر المناهج الانجلو امريكية ، كما يبدو مثلا فى كتابات الفقيه الألمانى رادبروخ Radbruch . بل ان تأثر منهج الأقضية الذى يعتبر الأحكام القضائية مصدرا مباشرا للقواعد القانونية ، قد تجلى فى حكم هام للمحكمة الدستورية التعاهدية لجمهورية بون (المانيا الغربية) صدر فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٣ بمقتضاه أصبح من حق المحاكم فى أبواب معينة من القانون أن تعدل من القواعد التشريعية الراهنة بأحكام قضائية .

والأستاذ جينو جورلا قد احتك بالثقافة القانونية الانجلو امريكية فى الفترة التى قضاها أستاذا زائرا بالولايات المتحدة ، وها هو يقدم لعالم الفقه الايطالى هذا المؤلف الهام بموضوعه الحديد بمنهجه وكأنه يريد به أن ينفى عن النظم اللاتينية ماترمى به من اغراق فى التجريد والتعميم واعتماد مطلق على التصورات العقلية والأبنية المنطقية وسبيله الى ذلك هو — كما يقول فى مقدمته — اتباع

المنهج المقارن ومنهج الأقضية . وينبه المؤلف القارئ الى أنه انما يعمد الى المقارنة بين القوانين كمنهج لا كموضوع فالمقارنة عنده وسيلة الى حسن تفهم أحكام القانون الوطنى موضوع البحث وليس مقصودها الالمام بأحكام القوانين الأجنبية ، كما يشير المؤلف الى أن اتباعه مذهب الأقضية هو مع ملاحظة الفارق بين دور الأحكام القضائية فى النظام الانجلو امريكى — حيث لتلك الأحكام صفة المصدر الرسمى المباشر للقاعدة القانونية — وبين دورها فى النظم اللاتينية وغيرها حيث ليست للأحكام القضائية تلك الصفة ، وينوه المؤلف فى كلامه على منهج الأقضية بما لذلك المنهج من قيمة تعليمية ينبغى أن يستفاد منها فى تدريس القانون .

أما موضوع هذا الكتاب فهو من أكثر مسائل القانون المدنى أهمية اذ يدرس المؤلف نظرية العقد من بعض نواحيها التى أثارت فى الفقه — ولا تزال — كثيرا من المصاعب ويصل عن طريق المنهج الذى رسمه لنفسه الى حلول تلقى ولا شك ضوءا جديدا على كثير من تلك المشاكل التى تختفى حقيقتها وراء ستار من الأفكار المعتبرة من مسلمات القانون المدنى فى النظم اللاتينية وان كان لايشفع لها فى الواقع الا طول ما تدوولت بين رجال القانون جيلا بعد جيل .

وقد خصص المؤلف الجزء الأول من هذا الكتاب لعرض الخصائص العامة للموضوع عرضا لا يقطع تسلسله تكرر الاشارات الى الأحكام القضائية كما خصص الجزء الثانى بأكمله للأحكام القضائية — الايطالية والفرنسية والانجليزية والأمريكية — معقبا على كل حكم بتعليق يبرز المسائل الهامة التى تناولها الحكم ويوضح دلالة قضائه مع الاحالة فى كل حالة الى مكان الشرح الخاص بها فى الجزء الأول .

ولعل من أهم الأفكار التى يأخذها المؤلف على فقهاء النظم اللاتينية والجرمانية ويعتبرها من التعميمات المغرقة نظرية « التصرف القانونى » التى يراد لها أن تشمل مظاهر متباينة من النشاط القانونى ولا تقتصر على التصرفات بين الأحياء المتعلقة بالذمة المالية ؛ فهذه النظرية تنبسط فى نظر أنصارها على تلك التصرفات وكذلك على الوصية وقبول التركة وعلى الزواج وعلى الاسقاطات وعلى الرخص وعلى الخيارات ...الخ فكل هذه الظواهر هى من وجهة نظرية التصرف القانونى « ارادة فردية تتجه الى احداث آثار قانونية » . والمؤلف يبسط ما تلقيه

مقارنة الشرائع الأنجلو امريكية بالشرائع اللاتينية والجرمانية من ضوء على هذا الشمول الذى يراد اسباغه على نظرية التصرف القانونى ويستطرد الى ابراز ما تستتبعه هذه النظرية من اعتبار آثار العقود مترتبة على الارادة ترتب المسبب على السبب فهى نتيجة النشاط الارادى الخلاق لتلك الآثار وفقا لنظرية التصرف القانونى ، وهذا النظر عند المؤلف لايصدق على التصرفات القانونية بوصفها مصادر للالتزام ففكرة الارادة الفردية لاتصلح تبريرا للقوة الملزمة للعقد أو للتصرف لأن المتعاقد الذى اتجهت ارادته فى العقد (أو فى التصرف بالارادة المنفردة) الى الزام نفسه بشىء معين ما عليه الا أن ينفذ تلك الارادة بلا تدخل من القانون ولا إعمال للقوة الملزمة للتصرف ، تلك القوة التى لاتبدو قيمتها ولا يلجأ الأفراد اليها الا عند رجوع المتعاقد أو المتصرف عن ارادته الاولى ، وفى هذه الحالة يتجلى ما فى اعتبار الالتزام مجرد أثر لارادة الملتزم من خطأ ظاهر .

وقد فطن أنصار نظرية التصرف القانونى الى هذا الضعف الكامن فى فكرة الارادة كمصدر للالتزام فذهبوا الى أن الالتزام لايصدر عن ارادة الملتزم وانما عن توافق ارادتى طرفى العقد أى عن ارادة مشتركة تسمو على ارادة كل من الطرفين وتفرض سلطانها عليهما معا . على ان هذه الارادة المشتركة فكرة ميتافيزيقية قد لاتسلم على النقد ثم انها لا تصلح لحالات التصرف بالارادة المنفردة بل ولا لحالات عقود التبرع التى لا ترتب التزاما الا على أحد طرفيها فهى فكرة تختص بالعقود الملزمة للجانبين صار تعميمها خطأ على كافة التصرفات .

والمشكلة الرئيسية فى العقد أو التصرف هى التوفيق بين مصلحة الطرف المدين بالالتزام الذى أصبحت مصلحته هى فى التحلل من التزامه وبين مصلحة الطرف الدائن بالالتزام الذى يهمه أن ينتج العقد اثره . أما المصلحة الأولى فان القانون يحميها بما يفرض لصحة العقد ونفاذه من شروط شكلية أو موضوعية (الرسمية فى بعض العقود والسبب ... الخ) وهى شروط يخطىء من يعتبرها قيودا على حرية الارادة كما هى النظرة الشائعة اليها لأن المدين

الذى لم يستوف الشكل أو تخلف فى تصرفه السبب ما عليه الا أن ينفذ الالتزام ان كان حقا يريد ذلك . واما مصلحة الدائن فى أن ينتج العقد أثره فيحميها القانون عن طريق القوة الملزمة للعقد التى مؤداها تنفيذ الالتزام جبرا على المدين .

واذن فقوام التصرف القانونى كمصدر للالتزام ليس الارادة الراهنة للمتصرف ولكنه الارادة وقت ابرام التصرف ، ثم هو ليس تلك الارادة السابقة فقط بل هو وضع مركب ، من عناصره تلك الارادة ومن عناصره أيضا الثقة التى يضعها الطرف الآخر فى تنفيذ ما تعهد به الطرف الأول وهى ثقة مظهرها القبول الذى يصدر عنه ويتلاقى مع ايجاب الطرف الأول ، فذلك الوضع المركب هو التبرير الصحيح للقوة الملزمة للعقد وهذا التبرير يصح فى النظم اللاتينية والجرمانية كما يصح فى النظام الانجلو امريكى كما يسهب فى بيانه المؤلف .

وان استعراض التطور التاريخى لنظرية العقد من القانون الرومانى الى القانونى الكنسى الى القانون الوسيط ثم الى القانون الفرنسى والتشريعات التى نقلت عنه واستعراض تطورها كذلك فى القانون الانجلو امريكى common law — ذلك الاستعراض الذى يتولاه المؤلف فى نظر ثاقب وسعة اطلاع — ليكشف عن المزالق الخفية التى أدت الى اعتناق الفقه اللاتينى والجرمانى لنظرية التصرف القانونى وما يتفرع عنها من اعتبار الارادة وحدها مصدرا للالتزام ، وفى الكشف عن تلك المزالق التى يمر عليها جمهور الباحثين بغير التفات دليل حى على قيمة الدراسات المقارنة وما يفيده الفقه من اصطناع مناهج للبحث مغايرة للمناهج التى سار عليها حتى الآن ، فان ذلك التجديد فى المناهج هو بمثابة نافذة جديدة تلقى على ما الفناه من الوان النظر الفقهى ضوء يظهرها لنا فى شكل لم نعهده ويجلو لنا جانبا آخر من جوانب الحقيقة قد يظل خافيا على الفقيه الذى يحبس تفكيره فى نطاق نظام قانونى معين لايعدوه ويلتزم مناهج ذلك النظام دون سواها .

على أن الأستاذ جورلا لاينكر على الارادة دورها فى ايجاد القوة الملزمة للعقد وان أنكر عليها انها وحدها الخلاقة لآثار التصرفات القانونية ، فالارادة هى كما سبق عنصر من عناصر ذلك الوضع المركب الذى يترتب عليه شمول العقد أو التصرف بحماية القانون واسباغ صفة الالزام عليه وأهم

خصائص تلك الارادة (المعاصرة لابرام التصرف) هو قصد الالتزام أو قصد ترتيب آثار قانونية ، ويخص المؤلف ذلك القصد بقسط كبير من اهتمامه فيبحثه فى مختلف أنواع العقود ويتتبع فى أحكام القضاء فى مختلف النظم القانونية التى يقارن بينها ما لذلك القصد من أهمية تتجلى معها صحة القول بأن الشخص لايلتزم الا اذا أراد أن يلتزم ، على أن فرقا بين ذلك وبين القول بأن الارادة هى تبرير ما للعقد من قوة ملزمة .

هذه بعض الأفكار التى يجدها القارىء فى هذا الكتاب الغنى بصور التفكير القانونى المتحرر من قيود التقليد وهى أفكار ليست أدنى مزاياها انها تبعث القارىء على إعمال النظر وتفتح له آفاقا واسعة من البحث فى قضايا يعتبرها الفقه المدرسى مفروغا منها ، فهذا كتاب لايكتفى بأن يمد قارئه بمعلومات يضيفها الى ما عنده بل هو من تلك الكتب التى تأخذ بيد قارئها الى مجالات رحبة لايحد مداه فيها الا مقدار ما لديه من استعداد للنظر الفقهى ، وحسب القارىء بحث المؤلف لذلك الموضوع الذى يظن — لكثرة ما أريق فيه من مداد — انه لم يعد فيه مجال لجديد ألا وهو موضوع السبب ، فقد بحثه المؤلف بالمقارنة بالفكرة التى تناظر السبب فى النظام الأنجلو امريكى وهى فكرة المقابل consideration ويخرج القارىء من ذلك البحث المقارن وقد ازداد ادراكا لبعض نواحى نظرية السبب اللاتينية . أوحسب القارىء عرض المؤلف لنظرية حديثة سادت فى بعض البلاد الأوربية تحت تأثير الأفكار الاشتراكية وهى نظرية الوظيفة الاقتصادية — الاجتماعية للعقد ومؤداها أن حماية القانون تنبسط على عقود الأفراد وتسبغ عليها صفة الالزام بقدر ما تتفق تلك العقود مع أهداف المجتمع ومصالحه الاقتصادية ، فالوظيفة « الاقتصادية — الاجتماعية » التى يؤديها العقد هى فى نظر أصحاب هذا المذهب تبرير القوة الملزمة للعقد ولا يخفى ما بين هذه النظرية وبين مذهب الاقتصاد الموجه من صلة وثيقة [1] والمؤلف فى نقده لنظرية « الوظيفة الاقتصادية — الاجتماعية » للعقد كنظرية فقهية يشير الى ما تفترضه من مقياس للقيم هو من شأن السياسى والاقتصادى لامن شأن

---

(1) قارن المواد ٨ و٩ و١٠ من الدستور المصرى الجديد فالأحكام الواردة بها يصح أن تندرج تحت النظرية المشار اليها فى المتن ، وتعتبر تطبيقات لها بقدر ماتكون العقود والتصرفات القانونية هى مظهر النشاط الاقتصادى الخاص أو الوسيلة التى يصطنعها رأس المال لبلوغ مقاصده .

الفقيه ، كما لا يفوته أن يدلل مرة أخرى على ذلك الاغراق فى التعميم الذى يعيب الفقه اللاتينى : فالنظرية التى نحن بصددها تخص العقود ذات الطابع الاقتصادى وليست كل العقود أو التصرفات القانونية كذلك ، ولكن لما كان العقد ذو الطابع الاقتصادى هو العقد الغالب فقد بسط الفقه نظرية خاصة بذلك العقد على كافة العقود على سبيل التغليب منشأ بذلك نظرية عامة حيث لا محل لذلك العموم .

ولئن كان الالمام بكل نواحى هذا الكتاب الحافل فى هذه العجالة مستحيلا فلا يفوتنا فى ختام التعريف به أن نشير الى دراسة المؤلف للشرط الجزائى كمظهر لقصد الالتزام ، أو قصد ترتيب آثار قانونية ، وخاصة فى أنواع من العقود والتصرفات لا تقوم فيها بذاتها قرينة ذلك القصد لكونها من غير العقود المعتادة التى يفترض فيها توفر قصد الالتزام ، فهذه الدراسة وما يتبعها ويشرحها من أحكام قضائية صادرة من محاكم مختلف البلاد اللاتينية والانجلو أمريكية هى من الأبواب الهامة لهذا الكتاب .

وبعد فلا أدل على أهمية الكتاب الذى بين أيدينا من الاستقبال الحماسى الذى قوبل به فى بلاد النظام الانجلو — امريكى حيث اعتبره النقاد عملا جم الفائدة اذ يحمل الى رجل القانون فى تلك البلاد أهم مظاهر الفكر القانونى فى نظرية العقد فى النظم اللاتينية مجلوة فى ثوب تسيغه العقلية الانجليزية أو الأمريكية التى مرنت على منهج الأقضية ، والكتاب جدير بأن يلقى من فقهاء النظم اللاتينية والشبيهة بها ترحيبا مماثلا أو يزيد ، ولا يسع المرء فى هذا الصدد الا أن يرجو أن تتاح لهذا الكتاب ترجمة — ان لم تكن الى العربية فالى لغة أقرب منالا لجمهور القراء من غير الايطاليين — وذلك حتى يتسنى الاطلاع عليه والاستفادة منه لأكبر عدد ممكن من رجال القانون .

التعليق على الأحكام

للدكتور جمال مرسى بدر

حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية (دائرة الاحوال الشخصية للاجانب) الصادر بتاريخ ٢٨/٦/١٩٥٥ فى القضية رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ كلى (*) .

المبدأ :

(١) تنص المادة ٢/١٣ من القانون المدنى المصرى على أنه يسرى على الطلاق قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت الطلاق ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت رفع الدعوى . ويكون ثابتا من تلاوة هذا النص أن قواعد الاسناد فيه خاصة بالزوج ذى الجنسية المعلومة .

وبالنسبة لمثل هذا الزوج (المدعى) الذى لا جنسية له فانه يتعين إعمال المادة ١/٢٥ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أن يعين القاضى القانون الذى يجب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لاتعرف لهم جنسية ، والثابت فى هذه الحالة أن يطبق القاضى قانون موطن الشخص (كما فعل المشرع الألمانى) أو قانون محل اقامته (كما جاء فى التقنين الايطالى) ولما كان موطن الزوج هو القطر المصرى الذى يقيم فيه فانه يتعين تطبيق القانون المصرى .

(٢) متى كان الزوج أرثوذكسياً والزوجة كاثوليكية فان اختصاص المجالس الملية يكون منتفياً وينعقد الاختصاص للمحاكم الشرعية لهذا الاختلاف فى الملة وتطبق أحكام الشريعة الاسلامية باعتبارها القانون ذو الولاية العامة فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين .

(٣) طبقاً للشريعة الاسلامية يثبت الطلاق للزوج بمجرد العقد الصحيح فيوقعه بارادته المنفردة ، وذلك بخلاف الزوجة التى يجب أن ترفع الأمر للقاضى ليفرق بينهما ان وجدت المبررات الشرعية .

(*) صار هذا الحكم نهائياً بفوات مواعيد الطعن فيه .

وما دام من حق الزوج أن يطلق بارادته المنفردة ، وما دامت الشريعة الاسلامية لا تعرف دعوى التطليق المرفوعة من الزوج فان دعواه تكون من غير سند ولا مصلحة له فى اقامتها اذ أن القضاء وجد للفصل فى الخصومات ذات النتائج الموجودة ، ولا محل لتعطيله برفع خصومات عديمة الجدوى ولذلك يتعين الحكم بعدم قبولها لانعدام المصلحة فيها ، ولو ان الزوج تقدم لهذه المحكمة باشهاد طلاقه فان من حقها أن تصادق عليه وتحكم باثباته .

التعليق :

(١) فى الاختصاص :

صدر حكم محكمة اسكندرية الابتدائية موضوع التعليق حين ان كان تعدد جهات القضاء فى الأحوال الشخصية لايزال قائما ، وقد قضت المحكمة باختصاصها بنظر الدعوى المرفوعة من زوج غير معين الجنسية ضد زوجة ايطالية الجنسية وهو قضاء سليم اذ لاجدال فى أن الاختصاص بقضايا الأحوال الشخصية ذات العنصر الأجنبى كان منعقدا للمحاكم المدنية دون سواها من جهات الاحوال الشخصية التى كانت قائمة قبل نفاذ القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

على أن أسباب الحكم وردت بها عبارة تناقض فى الواقع منطوقه وذلك اذ تقول المحكمة :

« ومن حيث أن الزوج أرثوذكسى وأن الزوجة كاثوليكية فان اختصاص المجالس الملية يكون منتفيا وينعقد الاختصاص للمحاكم الشرعية لهذا الاختلاف فى الملة » .

فالواقع أن هذه العبارة وما ساقه الحكم تأييدا لها من مراجع انما تختص بالمصريين غير المسلمين وتعرض لتنازع الاختصاص بين المحاكم الشرعية والمجالس الملية (وكلها جهات قضاء فى الأحوال الشخصية للمصريين) ولا شأن لها بالاختصاص القضائى بالأحوال الشخصية متى كان فى الدعوى عنصر أجنبى .

ولئن كان موضوع الاختصاص لم تعد له الا أهمية تاريخية بعد توحيد جهات القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية الا أنه ينبغى التنويه بأن ما أشارت اليه أسباب الحكم موضوع التعليق من انعقاد الاختصاص للمحاكم الشرعية بدعوى بين شخص غير معين الجنسية (أو مصرى) وبين ايطالية هو فى غير محله لأن اختصاص المحاكم الشرعية كان منوطا بكون الخصوم من الرعايا المصريين — مسلمين كانوا أم غير مسلمين ما لم يكونوا من اتباع ديانة لها محكمة أحوال شخصية مصرية — وعلى ذلك فالمصريون المسلمون كانت تختص بمنازعاتهم فى مسائل الأحوال الشخصية المحاكم الشرعية ، كما كانت هذه المحاكم تختص بمنازعات المصريين من غير المسلمين متى اختلفوا ديانة مذهبا أى متى لم يكونوا جميعا من أتباع ديانة أو مذهب له محكمة أحوال شخصية مصرية ، وهذا التحديد لنطاق ولاية المحاكم الشرعية يخلص من لائحة ترتيبها الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بحسب ما استقرت عليه حكام القضاء بشأن ولاية تلك المحاكم ومنها حكم محكمة النقض الصادر فى ٣—١٢—١٩٢٦ فى الطعن رقم ٣٤ سنة ٤ ق ، وحكم محكمة مصر للامور المستعجلة الصادر فى ١٠—٤—١٩٣٧ (المحاماة السنة ٢١ ص ١١٢) .

أما الجهة المختصة ذات الولاية فى مثل هذا النزاع بين مصرى وغير مصرى فهى المحاكم المدنية طبقاً لنص المادة ١٢ والمادة ١٣ من قانون نظام القضاء اذ :

« تختص هذه المحاكم (أى المحاكم المدنية) بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية بالنسبة الى غير المصريين وتختص أيضا اذا كان النزاع بين مصرى وغير مصرى ، كما تختص فى مواد »الولاية على النفس وعلى المال بالنسبة الى المصريين ويكون لها الاختصاص فى باقى مسائل الاحوال الشخصية بالنسبة اليهم فيما يرد بشأنه قانون خاص (م ١٥) [1] » .

---

(١) الدكتور أحمد أبو الوفا " المرافعات المدنية والتجارية " بند ٢٢١ ص ٢٢٧ وانظر بند ٢٢٦ ص ٢٣٣ وما بعدها حيث يفند المؤلف تفصيلا ما قد كان يجوز أن يثار من الاحتجاج لاختصاص المحاكم الشرعية بالمنازعات ذات العنصر الأجنبى .

وقد طبقت محكمة النقض هذه القاعدة السليمة فى حكم لها صادر من الجمعية العمومية فى القضية رقم ٦ لسنة ٢٤ قضائية (تنازع الاختصاص) بتاريخ ٨ فبراير سنة ١٩٥٥[1] فى نزاع بين زوج مصرى وزوجة يوغوسلافية (كالحال فى النزاع الذى صدر فيه الحكم موضوع التعليق) وفى ذلك الحكم تقول المحكمة العليا :

« ولما كانت الزوجة غير مصرية فان المحكمة المدنية تكون هى الجهة الوحيدة المختصة بنظر ما ينشأ بينها وبين زوجها المصرى من نزاع يتعلق بأحوالهما الشخصية وذلك وفقاً لنص المادتين ١٢ و ١٣ من قانون نظام القضاء » .

والخلاصة انه لم يكن للمحاكم الشرعية اختصاص بنظر الدعوى التى صدر فيها حكم محكمة اسكندرية الابتدائية الذى نحن بصدده وهو ما سارت عليه المحكمة فى قضائها بالفعل اذ قضت باختصاصها بنظر الدعوى برغم ما ورد فى الأسباب من اشارة الى اختصاص المحاكم الشرعية .

(٢) فى أحكام طلاق غير المسلمين فى الشريعة الاسلامية :

الثابت من وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم موضوع التعليق أن الزوجة كاثوليكية لاتدين بالطلاق كما أن قانون جنسيتها وهو القانون الايطالى لايقر الطلاق وقد تزوجت أرثوذكسيا غير معين الجنسية أسندت المحكمة أحواله الشخصية الى القانون المصرى باعتباره قانون الموطن وذلك طبقاً للرخصة المخولة للقاضى فى المادة ٢٥ من القانون المدنى ، ثم أسندت المحكمة دعوى التطليق المطروحة عليها الى القانون المصرى باعتباره قانون الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقاً للمادة ١٣ فقرة ثانية من القانون المدنى والمحكمة فيما فعلته من التكييف والاسناد قد طابقت حكم القانون ولم تعد الحل السليم الذى تقتضيه وقائع الدعوى .

وفى صدد تحديد القواعد الموضوعية للقانون المصرى المنطبق على الدعوى أشارت المحكمة الى اختلاف الملة بين الزوج الارثوذكسى والزوجة الكاثوليكية ورتبت على ذلك استبعاد تطبيق شريعة أى من الزوجين واعتبرت النزاع

---

(١) غير منشور ، وبنفس المعنى حكم محكمة الأمور المستعجلة بالاسكندرية الصادر بتاريخ ٩ / ١٠ / ١٩٥٥ فى القضية رقم ٢٦٣ سنة ١٩٥٥ غير منشور .

محكوماً بأحكام الشريعة الاسلامية بوصفها القانون العام فى مصر فى مسائل الأحوال الشخصية وهذا النظر بدوره لاغبار عليه وهو يتفق والمستقر من قواعد الاختصاص التشريعى فى مسائل الأحوال الشخصية فى مصر .

ذلك أن ميدان الأحوال الشخصية فى مصر كان ولايزال رغم صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ يسوده تعدد القوانين[1] ، اذ تحكم الشريعة الاسلامية الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين وتحكم الشرائع الدينية غير الاسلامية الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين وذلك فيما عدا الولاية على النفس وعلى المال وفيما عدا المواريث التى تنظمها بالنسبة للمصريين جميعاً تشريعات وضعية واحدة .

وعلى مثل هذا الوضع تتكلم المادة ٢٦ من القانون المدنى اذ تقول :

« متى ظهر من الأحكام الواردة فى المواد المتقدمة ان القانون واجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع فان القانون الداخلى لتلك الدولة هو الذى يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها » .

والقانون المصرى يقصر الاختصاص التشريعى للشرائع الدينية غير الاسلامية على حالة اتحاد الخصوم فى الملة فاذا تعددت الطوائف الدينية التى ينتمى اليها الخصوم انتفى اختصاص شريعة أى منهم وخضع النزاع لحكم الشريعة الاسلامية بوصفها القانون العام فى مسائل الاحوال الشخصية .

واذ أجرى الحكم موضوع التعليق حكم الشريعة الاسلامية على الدعوى المطروحة على المحكمة ذهب الى أنه لا مصلحة للزوج فى رفع دعوى التطليق لأنه بمقتضى الشريعة الاسلامية يملك الطلاق بارادته المنفردة ، ومن ثم تكون دعواه غير مقبولة لانتفاء المصلحة ، وزاد الحكم فى اثبات حق الطلاق للزوج الارثوذكسى غير معين الجنسية على زوجته الكاثوليكية الايطالية قوله :

« ... لو ان الزوج تقدم لهذه المحكمة باشهاد طلاقه فان من حقها أن تصادق عليه وتحكم باثباته » .

---

(١) نصت المادة السادسة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٥ على صدور الأحكام فى منازعات الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة طبقاً لشريعتهم .

وهذا الذى ذهب اليه الحكم يثير البحث فى أحكام الشريعة الغراء فى طلاق غير المسلمين وسيبين أن للشريعة فى ذلك حكما يخالف ما قضت به محكمة الاسكندرية الابتدائية بحكمها موضوع التعليق .

ذلك أن المعروف من أصول الشريعة الاسلامية ان خطاب الشارع موجه الى المكلفين ؛ والمكلفون هم المسلمون البالغون المتمتعون بكامل الأهلية ، أما غير المسلمين فى دار الاسلام فهم فريقان :

١- الذميون : وهم رعايا الدولة الاسلامية من غير المسلمين وهؤلاء مخاطبون بأحكام الشريعة فيما يختص بالمعاملات ما عدا ما تعلق بمعتقداتهم الدينية (كتمول الخنزير والخمر) أما العبادات وكذا الأحوال الشخصية فالشريعة تتركهم فيها وشأنهم ولا يلزمون فيها بأحكام الاسلام لأنهم غير مخاطبين بها .

٢- المستأمنون : وهم أصلا من أهل دار الحرب (أى من رعايا الدول غير الاسلامية) ودخلوا دار الاسلام بترخيص مؤقت يعرف فى الفقه الاسلامى باسم « الامان » ومنه اشتق اسم المستأمن ، وهؤلاء المستأمنون غير مخاطبين أصلا بأحكام الشرع وليست لهم فى دار الاسلام حقوق المسلمين أو الذميين ولا عليهم التزاماتهم عدا ما تعلق بالجنايات وحتى بالنسبة الى الجنايات يرى جمهور الفقهاء أن المستأمن ليس عليه الحد وانما يجازى بغير الحدود من العقوبات وبالجملة فان المستأمن لم يكن فى نظر الشريعة الاسلامية من أشخاص القانون sujet de droit بالاصطلاح الحديث .

واذا كان يسوغ اعتبار الزوج غير معين الجنسية المتوطن فى مصر ذميا ، فان فى اعتبار الزوجة الايطالية الجنسية ذمية نظرا ، ولعل هذه الزوجة أدخل فى طائفة المستأمنين رغم استمرار اقامتها فى اقليم الدولة الاسلامية ، ذلك أن تحول المستأمن الذى تطول اقامته فى دار الاسلام الى ذمى كان مبناه عند فقهاء الشريعة افتراض لحوق ذلك المستأمن بدار الاسلام ودخوله فى سلطان المسلمين وقطعه لما كان بينه وبين دار الحرب من صلات ، بينما أن المعروف من نظم اقامة الاجانب فى مصر فى هذا الزمن يستفاد منه تمسك الأجنبي بجنسيته مع بقائه مقيما بموجب اذن يتجدد دوريا فهو بمثابة

أمان متجدد وما دام الأمان قائما فلا يسهل افتراض لحوق الحربي بدار الاسلام ودخوله فى زمرة الذميين من رعايا الدولة الاسلامية ، ومهما يكن من أمر هذا النظر فسنفترض تسهيلا للمناقشة أن الزوجين من الذميين المخاطبين بأحكام الشريعة .

والأساس الذى تقوم عليه معاملة الشريعة الاسلامية للذميين فى مسائل الأحوال الشخصية هو عدم التعرض لهم فيما يدينون به وقد نشأ عن هذا المبدأ الذى أملاه التسامح الدينى أن أصبح نطاق تطبيق الشريعة الاسلامية نطاقاً شخصياً لانطاقاً اقليميا بمعنى أن انطباقها قاصر على المسلمين وليس منسحباً على كل من يقيم فى اقليم الدولة الاسلامية كما هو الشأن فى القوانين الزمنية الحديثة التى تدين بمبدأ اقليمية القانون .

وكنتيجة لهذه النظرية الشخصية – لا الاقليمية – للقانون فى الشريعة الاسلامية وجدت فى اقليم الدولة الاسلامية قوانين أخرى دينية تحكم مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، كما قامت جهات قضائية أخرى بجوار الجهة القضائية الاسلامية اذ كان الحكم فى قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين متروكا للرؤساء الدينيين فى كل طائفة .

فاذا تعددت طوائف الخصوم – أى فى حالة اختلاف الملة – فان اختصاص الجهة الدينية ينتفى بطبيعة الحال ولا يبقى أمام أصحاب الشأن الا أن يترافعوا الى القاضى الاسلامى فما هو حكم الشريعة الغراء فى هذا الوضع ؟

اختلفت المذاهب فى حكم ترافع غير المسلمين الى القاضى الاسلامى فذهب الشافعى ومالك الى أن القاضى ليس ملزما أن ينظر دعواهم ولا أن يحكم بينهم أصلا واذا اختار أن يحكم بينهم حكم بمقتضى قواعد العدالة :

« وان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وأن تعرض عنهم فلن يضروك شيئا وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط » (مائدة ٤٢)

وذهبت سائر المذاهب الى أن القاضى ينظر دعاواهم ويطبق عليهم أحكام الشريعة الغراء :

« وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع اهواءهم » . (مائدة ٤٩)

ولكن الشريعة الاسلامية السمحة – ومن أصولها الراسخة ان « لاضرر ولا ضرار » – قيدت تطبيق حكم الاسلام على غير المسلمين فى خصوص الطلاق

بقيد يمليه العدل الذى يتوخاه الشارع ويقتضيه قطع السبيل على الأذى والاعنات واحترام مايسمى فى اصطلاح القانون الحديث بالحقوق المكتسبة وهذا القيد هو أن يكون الطرفان المترافعان الى القاضى ممن يدينون بالطلاق فاذا كان أحدهما أو كلاهما لا يدين به لم يكن الى طلاقهما من سبيل ، وكذلك الحال فى كل ما تعلق بصحة الزواج أو بطلانه ، فالمرجع فى ذلك كله عند القاضى الاسلامى هو ما يدين به الطرفان .

وفيما يلى بعض أقوال أئمة المذهب الحنفى الذى عليه المعول أمام المحاكم المصرية :

جاء فى كتاب « المبسوط » لشمس الأئمة السرخسى ج ٥ ص ٤٠ :

« وابو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أصل النكاح (والكلام على نكاح الذميين) كان صحيحا فرفع أحدهما الى القاضى ومطالبته بحكم الاسلام لايكون حجة على الآخر فى ابطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده بل اعتقاده يكون معارضا لاعتقاد الآخر فبقى حكم الصحة على ما كان . بخلاف ما اذا أسلم أحدهما فان الاسلام يعلو ولايعلى عليه ، فلا يكون اعتقاد أحدهما معارضا لاسلام المسلم منهما » .

وواضح أن هذا الكلام تمليه الرغبة الصادقة من المشرع الاسلامى فى احقاق الحقوق واحترام ما لكل طرف فى عقد الزواج وهنا نجد أن حكم الشريعة السمحة غير متفق ومذهب الحكم موضوع التعليق الذى ذهب الى تطبيق أحكام الطلاق فى الشريعة الاسلامية على غير المسلمين كتطبيقها على المسلمين سواء بسواء ، وبذلك يمكن للزوج غير المسلم ان يضار زوجته غير المسلمة بأن يطلقها عملا بحكم الاسلام فيبطل الاستحقاق الثابت لها باعتقادها بينما هو باق على دينه فهو فى الحقيقة يريد أن يعلو هواه على حق زوجته لا ان يعلو عليهما معا حكم الاسلام .

ونجد فى المرجع نفسه ص ٤١ بخصوص الطلاق بالذات :

« قال واذا طلق الذمى امرأته ثلاثا ثم أقام عليها فرافعته الى السلطان فرق بينهما لأنهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك وان كانوا لايعتقدونه محصور العدد فامساكه اياها بعد التطليقات الثلاث ظلم منه وما اعطيناهم الذمة لنقرهم على الظلم » .

ومدلول هذه العبارة ان اعمال الطلاق فى الصورة السابقة مرجعه ان هذين الذميين يعرفان الطلاق ويعتقدان انه يزيل الحل وينهى الزوجية وان كانا لايعرفان ان الطلاق ثلاث .

واذن فالقاضى الاسلامى يمضى هذا الطلاق الذى يدين به الطرفان أما اذا تخلف هذا الشرط الجوهرى (وهو ان يدين الطرفان بالطلاق) فلا سبيل الى ايقاع الطلاق بينهما والا كان فى ذلك ظلم بين والشرع الحنيف يأبى الظلم هنا كما يأباه فى الصورة التى تعرض لها صاحب المبسوط فى حالة من يدينان بالطلاق ثم يريد الزوج أن يمسك زوجته رغم تطليقه اياها .

كما نجد فى « الفتاوى الهندية » الجزء الأول الباب العاشر وعنوانه « فى نكاح الكفار » ص ٢٣٧ مايلى :

« كل نكاح جائز بين المسلمين فهو جائز بين أهل الذمة وما لايجوز بين المسلمين فهو أنواع منها النكاح بغير شهود . اذا تزوج الذمى ذمية بغير شهود وهم يدينون بذلك فهو جائز حتى لو اسلما يقران على ذلك عند علمائنا الثلاثة ، وكذلك اذا لم يسلما ولكن طلبا من القاضى حكم الاسلام أو طلب أحدهما ذلك فالقاضى لايفرق بينهما .. و لايفرق القاضى بينهما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى اسلما أواسلم أحدهما ترافعا أو ترافع أحدهما » .

وهذه المبادىء القويمة التى استقرت عليها الشريعة الغراء قد تضمنها نص تشريعى حديث هو نص المادة ٩٩ فقرة أخيرة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (وهذا النص لا يزال معمولا به بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥) وهو :

« ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » .

وجاء فى المذكرة التفسيرية للائحة الشرعية تعليقاً على هذا النص مايلى :

«كانت المحاكم الشرعية عملا بالمادة ٢٨٠ من اللائحة تحكم بوقوع طلاق غير المسلم على زوجته غير المسلمة فى الدعاوى المرفوعة من أحدهما على الاخر ، وكان فى ذلك حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التى لاتدين بوقوع الطلاق لعدم استطاعة هذه المطلقة الزواج من آخر للتقاليد المتبعة فى ملتها فتبقى معلقة لاتتزوج وقد تحرم من النفقة فلا تجد من ينفق عليها فرئى معالجة هذه الحالة عملا بمبدأ جواز تخصيص القضاء بالنص على عدم سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كان الزوجان يدينان بوقوع الطلاق (المادة ٩٩) » .

وقد جرى قضاء المحاكم الشرعية بانتظام منذ صدور لائحة ترتيبها سنة ١٩٣١ على ما نصت عليه الفقرة الاخيرة من المادة ٩٩ ونشر من عديد الاحكام الشرعية التى تحفل بها مجموعات الأحكام الى حكم واحد هو الصادر من محكمة بورسعيد الشرعية فى ٢٣ شعبان ١٣٥٠ الموافق ٢ يناير ١٩٣٢ فى القضية رقم ١٠١٢ سنة ١٩٣١/٣٠ [١] . وفى هذا الحكم قررت المحكمة المبادىء التالية :

« (١) لاتقبل دعوى الطلاق من غير المسلمين اذا كانوا لايدينون به ولوكانت ضمن دعوى أخرى طبقاً للمادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ .

(٢) انه فضلا عن هذا النص ، فقد نص ابن عابدين فى الجزء الثانى من باب نكاح الكافر على ان المشهور الآن من اعتقاد أهل الذمة انه لا طلاق عندهم

(٣) انه بمراجعة أقوال علماء الدين المسيحى وكتبهم يعلم أن الأصل فى الديانة المسيحية عدم الطلاق الا لعلة الزنا ، ثم ستنبط علماؤهم من نصوص كتبهم المقدسة قواعد تجيز الطلاق فى ظروف أخرى غير الزنا ، ولكن لايجوز فى جميع الأحوال أن يحصل الطلاق الا بمعرفة الرئيس الدينى الروحى لأن الطلاق

---

(١) المحاماة الشرعية السنة الثالثة ص ٥٧٢ .

حق للكنيسة التى يمثلها الرئيس الدينى الروحى (كتاب ابن العسال فى قانون الكنيسة) » (يراجع الحكم المنشور بمجلة القضاء الشرعى بالعدد العاشر السنة الاولى ص ١١٥) .

ولعل مما يزيد النقطة التى نحن بصددها وضوحا أن يمين الطلاق عند المسلمين أمر يتعلق بعقيدة الزوج المسلم الدينية فهو يعتقد أن تلك اليمين توجب الفرقة وتنهى الملك فالجزاء الدينى هنا يختلط و يمتزج بالجزاء القانونى كما هو الشأن فى جميع التشريعات ذات الأصل السماوى وعلى ذلك فيصعب أن تنسحب تلك القاعدة القانونية الدينية على أشخاص لايدينون أصلا بالعقيدة التى تستند اليها تلك القاعدة .

والواقع أنه لم يخف على أحد من علماء الشريعة الغراء ودارسيها أن شرط امكان وقوع الطلاق بيمين الزوج (كما ذهب اليه الحكم موضوع التعليق) هو أن يكون الزوج مسلما من أهل التكليف ، والتكليف يقتضى الاسلام والبلوغ والعقل ولم يفت التنويه بهذا الشرط الجوهرى علماء القانون الأجانب الذين درسوا الشريعة الغراء فنجد فى كتاب « الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية » للاستاذين سوتايرا وشربونو المطبوع بباريس سنة ١٨٧٣ج ١ ص ٢٧٩ بند ٣٣١ ضمن شروط الطلاق ما يلى :

« ان سلطة ايقاع الطلاق يملكها على العموم المسلم البالغ العاقل ومن ثم فغير المسلم والصغير والمحجور عليه ... الخ لايمكنهم أن يوقعوا طلاقا صحيحاً » (١) .

واذن فلا يصح فى حكم الشريعة الاسلامية فى مثل واقعة الدعوى التى قضت فيها محكمة الاسكندرية الابتدائية اعطاء الزوج غير المسلم حق طلاق زوجته غير المسلمة التى لاتدين بالطلاق لأن القول بأن مثل ذلك الزوج يثبت له حق

---

(١) "Ce pouvoir (c'est-à-dire la répudiation) appartient en principe au" "musulman majeur et sain d'esprit ... D'où le conséquent que l'infidèle l'interdit, "etc ... sont incapables de prononcer une répudiation valable".

Soutayra & Charbonneau : "Droit musulman de statut personnel" Paris 1873, T. I. p. 279 No. 331.

وانظر "منهاج الطالبين" ج ٢ ص ٤٢٥ (طبعة ١٨٨٣ المصحوبة بترجمة فرنسية) .

الطلاق « بمجرد العقد الصحيح فيوقعه بارادته المنفردة ... ولو أن الزوج تقدم لهذه المحكمة باشهاد طلاقه فان من حقها أن تصادق عليه وتحكم باثباته » هذا القول لايتفق وما كان يأخذ به فقهاء الشريعة الاسلامية على اختلاف مذاهبهم فضلاعن مخالفته لنص الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية أما الحكم الشرعى الصحيح فى طلاق غير المسلمين فهو أن الطلاق لايقع بارادة الزوج المنفردة بل لابد من صدور الحكم به — طبقاً للمعروف من دياناتهم — ثم أن القاضى لايحكم بالتطليق ما لم يكن الزوجان جميعاً ممن يدينون بالطلاق ، والشريعة الاسلامية فى ذلك كله تستوحى مبدأ شخصية القوانين فى مسائل الأحوال الشخصية وتصدر عن قاعدة التسامح الدينى التى تحكم علاقات الدولة الاسلامية بغير المسلمين فى اقليمها .

* * *

حكم محكمة القاهرة الابتدائية (الدائرة الرابعة) الصادر بتاريخ ٢٣ أبريل سنة ١٩٥٦ فى القضية رقم ٣٤٧ سنة ١٩٥٣ مدنى كلى .

المبـادىء

(١) الوكيل الذى تعامل مع الغير باسمه هو دون أن يكشف للغير عن صفته الحقيقية له فى أى وقت الكشف عن شخصية الموكل واحلاله محله فى سائر الالتزامات والدعاوى الناشئة عن التصرفات التى باشرها تنفيذاً للوكالة ، وفى هذه الحالة تعتبر آثار العقد راجعة الى الموكل منذ البداية ولا يصح الاعتراض على هذا الوضع ممن تعامل معه الوكيل متى كان عالما بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده طبقاً للمادة ١٠٦ مدنى أن يتعامل مع الأصيل أو مع الوكيل ، هذا وان صدور الايجاب من المتعاقد فى صورة اعلان موجه الى الكافة دون تميز ولا تفريق يستخلص منه انه يستوى لديه أن يتعامل مع الأصيل أو مع وكيله .

(٢) فى حالة تقويم الدين بالعملة الوطنية مع اشتراط الوفاء بالنقد الأجنبى يجب أن يتم تحديد مقابل الدين بسعر القطع السارى وقت استحقاق الوفاء

وعلى ذلك فالمشترى الذى التزم بأن يدفع بالدولارات الأمريكية الثمن المحدد فى العقد بالجنيهات المصرية عليه أن يدفع ما يقابل الجنيهات من الدولارات فى تاريخ استحقاق الوفاء وليس فى تاريخ العقد .

التعليق

١ — فى رجوع آثار العقد الى الأصيل رغم عدم التصريح بالوكالة :

تعاقد تاجر مصرى مع وزارة التموين على شراء ٥٠٠ طن من الأرز برسم التصدير الى لبنان وقد تم الشراء باسم التاجر المصرى وان كانت الصفقة لحساب تاجر لبنانى كلف التاجر المصرى أن يقوم بها بوصفه وكيلا عنه .

وكان مذكورا فى الاعلان الذى نشرته وزارة التموين عن بيع أرز برسم التصدير أن الثمن تسليم ظهر الباخرة هو ٤٤ جنيها مشروط دفعها باحدى العملات الصعبة (الدولار الأمريكى أو الفرنك السويسرى أو الفرنك البلجيكى) ويستحق سداد الثمن عند تقديم مستندات الشحن الى البنك المفتوح لديه الاعتماد بالعملة الصعبة .

وكنتيجة لتغير سعر قطع الجنيه المصرى للدولار الأمريكى (المفتوح به الاعتماد) فيما بين تاريخ التعاقد وتاريخ استحقاق الثمن ثار بين وزارة التموين وبين التاجر المصرى نزاع انتهى برفع التاجر المصرى أمره الى القضاء مطالباً الوزارة برد مبلغ يرى انها تقاضته متجاوزة به حدود الثمن المتفق عليه وبعد فترة من رفع الدعوى تدخل فيها التاجر اللبنانى وأعلن المدعى الأصلى أنه لم يكن فى هذه الصفقة وما ترتب عليها من حقوق ودعاوى الا نائبا عن التاجر اللبنانى الذى يصبح بعد تدخله هو المدعى فى الدعوى قبل وزارة التموين .

أقرت محكمة القاهرة الابتدائية هذا الوضع مطرحة اعتراض المدعى عليها واستندت فى ذلك الى أن مؤدى الوكالة هو رجوع آثار العقد مباشرة ومن أول الأمر الى الأصيل دون الوكيل وذلك كلما كان العلم بالوكالة متوفرا أو كان يستوى لدى الطرف المتعامل مع الوكيل أن يكون تعامله مع الأصيل أو مع الوكيل .

وقد طابقت المحكمة حكم القانون اذ اعتبرت أن تحقق أثر النيابة برجوع آثار العقد الى الأصيل مباشرة موقوف على أحد أمرين :

١ ــ أن يوجد لدى المتعامل مع النائب علم بنيابته (سواء كان العلم حقيقياً أو كان مفترضا فى الحالة التى نص عليها القانون) .

٢ ــ أن يستوى لدى المتعامل مع النائب أن يكون تعامله مع الأصيل أو مع نائبه .

(ا) ذلك أن النيابة لا تنتج أثرها بانشاء العلاقة القانونية المباشرة بين الأصيل والغير المتعاقد معه النائب الا اذا كان قصد كل من النائب والغير ــ وهما المنشئان للعقد بتلاقى ارادتيهما ــ قد انصرف الى انتاج ذلك الأثر .

ولا يتصور انصراف قصد كل من النائب والغير الى ذلك الا أن يكون العلم بوجود النيابة مشتركا بينهما . والصورة المثلى للاشتراك فى العلم بالنيابة هى أن يعلن النائب عند التعاقد أنه يتعاقد بصفته نائباً عن الأصيل .

وهذا ما عنته المادة ١٠٥ باشارتها الى ابرام النائب عقداً " فى حدود نيابته باسم الأصيل " على أنه لامحل للتمسك بحرفية هذا النص واشتراط ذكر اسم الاصيل صراحة عند التعاقد لأن المقصود هوعلم الغير المتعاقد بأن العقد انما يتم بطريق النيابة وهذا العلم كما قد يكون عن طريق الاعلان الصريح من جهة النائب قد يتحقق بطرق أخرى كما هو واضح من نص المادة ١٠٦ التالية . فيكفى اذن أن يكون الغير المتعاقد مع النائب عالما ــ بأية طريقة كانت ــ بأن العقد حاصل بطريق النيابة وأن يقصد الارتباط مباشرة مع الأصيل .

وعلة وجوب العلم بالنيابة واضحة من كون الأصل أن كل متعاقد أنما يتعاقد لنفسه وان آثار الارادة التعاقدية تقع فى ذمة صاحب تلك الارادة . غير أن نظام النيابة يمكن الأصيل من أيقاع آثار قانونية فى ذمته بواسطة ارادة شخص آخر هو النائب فاذا كانت تلك الآثار القانونية ناتجة من عقد ناشىء عن تلاقى ارادة النائب مع ارادة الغير كان لزاما أن يعلم ذلك الغير بالنيابة وأن ينصرف قصده ــ مع قصد النائب ــ الى ايقاع آثار العقد فى ذمة

الأصيل حتى تتفق الارادتان المنشئتان للعقد على صرف آثاره الى الأصيل أى الى شخص لم يكن فى الأصل لتلحقه آثار العقد الذى لم يشترك فى ابرامه .

والوقت الذى ينبغى أن يتوفر فيه العلم بالنيابة هو وقت انعقاد التصرف أو تلاقى ارادتى النائب والغير الذى يتعاقد معه وهذا واضح من عبارة المادة ١٠٦ ذاتها اذ تقول « اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فان أثر العقد لا يضاف الى الأصيل . . » فان لم يتوفر هذا العلم — الحقيقى أو الحكمى على ما سيجىء — عند ابرام العقد انتفى حكم النيابة ولزمت آثار العقد كلا من المتعاقدين شخصيا وان ظهر فى وقت لاحق لابرام العقد أن أحدهما لم يكن أصيلا فى التصرف .

على أنه ليس من اللازم أن يذكر النائب عند التعاقد اسم الأصيل صراحة لكى تعود الى هذا الأخير آثار العقد « فالقاعدة التى تقدمت الأشارة اليها (قاعدة رجوع الآثار الى الأصيل) تنطبق حيث يتعاقد النائب باسم الأصيل وهى تنطبق كذلك حيث يتعاقد النائب باسمه الشخصى رغم حقيقة نيابته متى كان من تعاقد معه يعلم أو كان ينبغى أن يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو نائبه » وهذا هو الحكم الذى تضمنته المادة ١٠٦ نقلا عن المادة ٣٢ فقرة ثانية من قانون الالتزامات السويسرى .

وهذه المادة تسوى بين العلم الحقيقى بوجود النيابة وبين العلم المفترض لدى الغير المتعامل مع النائب ولقد كان نص المادة قبل نظر القانون فى مجلس الشيوخ يستعمل عبارة « الا اذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة » مقابل عبارة الأصل السويسرى التى تعنى « الا اذا كان ينبغى على من تعاقد معه النائب أن يستنتج من الظروف وجود النيابة » ولقد لوحظ فى لجنة مجلس الشيوخ أن الترجمة عن الأصل غير دقيقة وبعد مناقشات انتهى الرأى الى الاستعاضة عن عبارة « يستفاد من الظروف » بعبارة « من المفروض حتما » السابق استعمالها فى المادة ١٠٤ وبذلك أصبح النص « الا اذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة » .

وعبارة " افتراض العلم حتما " تحتاج الى شيء من الايضاح اذ ما معنى التسوية بين العلم الحقيقى وبين افتراض العلم وفى أى الحالات يمكن القول بأن المتعاقد يفترض فيه العلم بالنيابة ؟ هذه النقطة يحتمل أن يثور حولها فى العمل كثير من الخلاف ولذا يقتضى الأمر تقرير معناها بكل وضوح وجلاء خاصة وأن المذكرة الايضاحية لم تعرض لذلك مطلقاً . واذ كان نص المادة ١٠٤ التى وردت فيها هذه العبارة لأول مرة فى التقنين المصرى مأخوذا عن المادة ١٦٦ من القانون المدنى الألمانى فانه يلزمنا الرجوع الى ذلك القانون والى فقهه لمعرفة المقصود بعبارة افتراض العلم حتما وتحديد مرماها وتقرير حالاتها .

ولقد تولت المادة ١٢٢ فقرة ثانية من القانون المدنى الألمانى بيان الحالة التى يستوى فيها افتراض العلم بواقعة معينة والعلم بتلك الواقعة فعلا ومنها يؤخذ أن المقصود بافتراض العلم فعلا هو حالة الجهل المترتب على تقصير أو اهمال وعلى ذلك فكلما كان جهل الغير المتعامل مع النائب بوجود النيابة راجعاً الى اهماله فى تحرى ظروف التعاقد بحيث لو كان قد تصرف بغير تقصير ولا اهمال لعلم بوجود النيابة يفترض فى حقه العلم بالنيابة حتما ويجرى عليه حكم المادة ١٠٦ [1].

وهذا المدلول الذى نستقيه من القانون الألمانى غير بعيد عن مدلول عبارة الأصل السويسرى للمادة ١٠٦ بل لعل مدلولها واحد لأن جهل الغير بوجود النيابة فى حالة ما اذا كان ينبغى عليه أن يستنتج من الظروف وجودها (وهى عبارة المادة السويسرية) هو بعينه الجهل الناشىء عن تقصير الغير فى تحرى الظروف .

وجدير بالذكر هنا أن هذا التفسير لبعض نصوص قانوننا المدنى على ضوء الدراسة المقارنة ليس فيه ما يتعارض وما حرص واضعو التقنين المدنى الحديد على ابرازه فى أكثر من موضع وهو أن النصوص المستقاة من التقنينات الأجنبية يجب اعتبارها منفصمة عن مصادرها ومندمجة فى مجموع التقنين

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك كتابنا « النيابة فى التصرفات القانونية » الاسكندرية ١٩٥٤ ص ٣٩ — ٤١ .

المصرى بحيث لايرجع فى تفسيرها الى مصادرها التشريعية الأجنبية ولا الى الفقه الأجنبى وانما يرجع فى تطبيقها وتفسيرها الى النصوص ذاتها والى مادرج عليه القضاء فى مثل تلك الأحوال .

غير أن من المسلم به أن الرجوع الى المصدر الأجنبى لازم لأغراض البحث العلمى كما أن النصوص التفصيلية المأخوذة عن التقنينات الأجنبية فى مسائل لم يكن لها مقابل فى تقنيننا القديم ولا فى تطبيقات القضاء تحوجنا ولا شك الى الرجوع الى تلك المصادر خاصة اذا تعلق الأمر باستنباط مدلول الصيغة فان واضعى القانون مسلمون بأن النقل عن القوانين الأجنبية كان للأستئناس بالصياغة والاستفادة من دقة التعبير والأداء .

والأمر بخصوص المادة ١٠٦ يحوجنا الى تبين مدلول عبارة « افتراض العلم حتما » وهى من العبارات القليلة فى التقنين التى لايصح فيها قول لجنة مجلس الشيوخ أنها « أصبحت معبرة فى ذاتها عن المعانى التى استظهرها كل من ساهم فى وضع المشروع أو مراجعته أو اقراره » وذلك لأن الأعمال التحضيرية لا تتضمن الايضاح الكافى لحقيقة المقصود بهذه العبارة . ولهذا كله كان رجوعنا الى القانون الألمانى وفقهه فى هذا الموضوع لا غبار عليه رغم الاعتبارات العامة المتعلقة بتفسير التقنين الجديد .

(ب) هذا عن العلم الحقيقى أو المفترض بوجود النيابة أما عن الحالة التى يستوى فيها لدى الغير أن يتعامل مع الأصيل أو مع نائبه فقد تضمنت المادة ١٠٦ فى آخرها حكما مقتضاه اعمال أثر النيابة حتى مع عدم علم الغير بوجودها — علما حقيقياً أو مفترضاً — وذلك متى كان يستوى لديه أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل أى متى كان شخص المتعاقد معه غير ذى أهمية .

والأصل فى العقود المنشئة لالتزامات — وخاصة ماكان تنفيذه منها متراخيا — أن شخص المتعاقد يكون موضع الاعتبار من المتعاقد الآخر اذ لايستوى لدى المتعاقد أن يكون دائنا أو مدينا لزيد أو عمرو دون تفريق . وأهمية شخص المتعاقد وأن كانت تبرز فى العقود التى يتراخى تنفيذ

الالتزامات الناشئة عنه الى زمن قريب أو بعيد بعد ابرام العقد فانها موجودة أيضا فى العقود التى تنفذ وتنقضى فور ابرامها لأن التنفيذ قد يكون غير تام أو قد يتضح فيه قصور تترتب عليه نتائج قانونية لا يستوى أن تقع فى ذمة هذا أو ذاك بلا تمييز .

ومع صحة الملاحظة المتقدمة فان الحكم الذى تضمنته العبارة الأخيرة فى المادة ١٠٦ لا تعوزه التطبيقات العملية وخاصة فى بيع المنقول وهو ما يحدث كثيرا فى العمل فالمشترى الذى يدخل أحد المحلات لشراء شىء مما تتجر فيه من المتولى عملية البيع يستوى لديه أن يكون البائع له هو صاحب البضاعة أو نائباً عنه والعقد الذى يعقده مثل هذا المشترى ينصرف أثره مباشرة الى صاحب المحل الأصلى ولو كان المشترى يجهل أن البائع له ليس الا نائباً ويعتقد أنه صاحب الشأن . وكثيرا ما يحدث ذلك بالطريق العكسى فالتاجر الذى يبيع فى متجره بضاعة لأحد المشترين يستوى لديه أن يكون ذلك المشترى أصيلا أو نائباً عن غيره ولذلك فتقع آثار العقد فى ذمة الأصيل رأسا ولو كان البائع يجهل أن من اشترى منه نائب ويعتقد أنه صاحب الشأن الأصيل . وعلى هذا فاذا ظهرت مثلا فى المبيع عيوب خفية كان للأصيل أن يرجع على البائع ولو أن هذا الأخير لم يكن يعلم بالنيابة عند ابرام العقد وذلك لانه يستوى لديه أن يتعامل مع النائب أو الأصيل .

وتقدير ما اذا كان يستوى أو لا يستوى لدى المتعاقد أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل يخلص من وقائع الحال وهو أمر متروك للقاضى يستنتجه من تلك الوقائع والظروف فاذا وجد أن للمتعاقد مصلحة فى أن يتعامل مع النائب مثلا وظنه أصيلا لم يوقع القاضى آثار العقد فى ذمة صاحب الشأن الحقيقى ولم يربط بينه وبين المتعاقد ، وان وجد القاضى على العكس ألا مصلحة للمتعاقد فى أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل أجرى حكم النيابة وربط بالعقد بين المتعاقد وبين الأصيل مباشرة رغم عدم العلم بالنيابة .

وفى واقعة الدعوى التى صدر فيها الحكم موضوع التعليق قدرت المحكمة أن حصول الايجاب فى صورة اعلان موجه الى الكافة بلا تمييز ولا تحفظ — وهو وضع من شأنه أن ينعقد العقد بمجرد تلاقى قبول أى شخص من الجمهور بذلك الايجاب السابق — يدل على أن الموجب لايهتم بشخص المتعامل معه ومن ثم يستوى لديه أن يكون تعامله مع المتعاقد معه القابل لايجابه بوصفه أصيلا أو بوصفه نائبا وعلى ذلك فيتحقق أثر النيابة وترجع آثاره العقد الى الأصيل مباشرة دون النائب رغم عدم التصريح بالنيابة بل ورغم عدم العلم بها وذلك تطبيقاً للمادة ١٠٦ .

وهو تطبيق سائغ استعملت فيه المحكمة سلطتها فى تقدير ما اذا كان يستوى لدى المتعاقد أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل ولا شك أن واقعة توجيه ايجاب بات الى الجمهور عامة فى شكل اعلان هى مما يدل على عدم اهتمام الموجب بشخص المتعامل معه مما يستتبع فى مجال النيابة تطبيق حكم المادة ١٠٦ كما ذهب اليه بحق موضوع التعليق الحكم .

واخيرا فانه قد يصح أن نتساءل عن تقدير تلك المصلحة أهو تقدير موضوعى أم تقدير شخصى أى هل ينظر القاضى عند وزنه الظروف التى يستخلص منها أن يستوى أو لا يستوى تعامل المتعاقد مع النائب الى ذلك المتعاقد بالذات أو الى المصلحة المجردة التى تكون لأى متعاقد فى تلك الظروف .

هنا يختلف مذهب القضاء السويسرى عن مذهب القضاء الألمانى فالأول ينظر الى المسألة نظرة شخصية ويعتد بالمصلحة التى قد تكون للمتعاقد بالذات فى التعامل مع النائب أو مع الأصيل أما القضاء الألمانى وكذا الفقه فينظر اليها نظرة موضوعية مجردة ويعتد بالمصلحة التى يصح أن تكون للغير عموما فى تلك الظروف .

ولما كان المشرع المصرى قد استقى المادة ١٠٦ من القانون السويسرى كما تصرح بذلك الأعمال التحضيرية فيصح اذن أن يقال ان المذهب الشخصى فى هذه المسألة هو مذهب القانون المصرى .

٢ — فى التنفيذ العينى لالتزام مقوم بالعملة المصرية مشروط أداؤه بعملة أجنبية .

تجرى الحكومة فى تصريف بعض المحاصيل المصرية على سياسة مؤداها بيع هذه المحاصيل المملوكة لها بسعر معين بالعملة المصرية مشترطة على المشترين سداد أثمانها الى الحكومة بالعملة الصعبة وغالبا تتم هذه العملية فى العمل على الصورة الآتية :

يقوم المصدر المصرى بالتعاقد مع المستورد الأجنبى على بيع كمية معينة من محصول معين بثمن مقوم بالعملة الصعبة ويفتح المستورد الأجنبى بقيمة ذلك الثمن اعتمادا فى أحد البنوك ثم يشترى المصدر من الحكومة تلك الكمية بثمن مقوم بالجنيهات المصرية ومشروط أداؤه بالعملة الصعبة وعند تسليم البضاعة من الحكومة الى المصدر على ظهر الباخرة تتقدم الحكومة بمستندات الشحن الى البنك الذى فتح لديه المستورد الأجنبى الاعتماد ليصرف اليها البنك ثمن البضاعة .

ولا محل لنزاع يثور حول هذا الموضوع متى كان سعر قطع العملة الصعبة المتفق عليها ثابتاً لا يناله تغير بين تاريخ تعاقد المشترى مع الحكومة وبين تاريخ الوفاء بالثمن للحكومة (البائعة) غير أنه اذا نال سعر القطع بين هذين التاريخين تعديل فقد يثور النزاع حول طريقة تنفيذ المشترى لالتزامه بدفع الثمن والمثال العملى التالى يقرب المسألة من الذهن :

مصدر فى مصر اتفق مع مستورد فى لبنان على أن يبيعه ٥٠٠ طن من الأرز المصرى بسعر الطن ١٨٤ دولارا أمريكيا واشترى المصدر من الحكومة هذا القدر بسعر ٤٤ جنيها مصريا للطن مشروط سداده بالدولارات الأمريكية وكان سعر قطع الجنيه للدولار فى ذلك الوقت ١ الى ٤ غير أنه حين حل ميعاد الوفاء بالثمن بعد شحن البضاعة والتقدم الى البنك بمستندات الشحن كان سعر قطع الجنيه قد تعدل بتدخل المشرع فى ١٩ سبتمبر سنة ١٩٤٩ فأصبح ١ الى ٢٫٨ أى أن المشرع المصرى قد خفض سعر الجنيه المصرى بالنسبة للدولار الأمريكى — فهل يكون المشترى

من الحكومة موفياً بالتزامه بدفع الثمن اذا دفع للطن الواحد ٤٤×٨ر٢ دولارا وهو سعر القطع فى يوم استحقاق الثمن أم أن للحكومة البائعة أن تتقاضى عن الطن ٤٤×٤ دولارا وهو سعر القطع فى تاريخ التعاقد ؟ .

ويلاحظ بداية أن تعاقد الحكومة مع المشترى لم يقوم فيه الثمن بالعملة الأجنبية وانما بالعملة المصرية (٤٤ جنيها للطن) وكل ما هنالك أنه قد اشترط دفع هذا الثمن بالعملة الأجنبية (الدولار الأمريكى) .

وهنا تواجهنا مسألة تثور كلما اختلفت عملة الوفاء عن عملة الاتفاق (كما فى مثالنا حيث أن الاتفاق هو على سعر ٤٤ جنيها مصريا للطن ولكن المطلوب وفاءها بالدولار الأمريكى) وهذه المسألة هى مسألة التاريخ الذى يعتد بسعر القطع فيه عند تقدير محل التزام المدين بالثمن وهى مسألة محصها الفقه واستقر فيها القضاء فى البلاد الأجنبية بأكثر مما محصت المسألة فى مصر على أنه لا خلاف فى فقه ولا قضاء حول الحل الواجب لهذه المسألة فى مصر وفى الخارج على السواء وقد سار الحكم موضوع التعليق على تلك القاعدة المستقرة .

ولقد كان مشروع القانون المدنى المصرى الجديد يتضمن فى المادة ١٨٦ منه (التى أصبحت المادة ١٣٤ من القانون) فقرتين ثانية وثالثة هذا نصهما :

٢ ــ اذا لم يكن للنقد المعين فى العقد سعر قانونى فى مصر جاز للمدين أن يفى دينه بنقود مصرية بسعر القطع فى الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء فاذا لم يكن فى مكان الوفاء سعر معروف للقطع فبسعر قطعها فى أقرب سوق تجارية كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٣ ــ اذا تأخر المدين عن الوفاء فى ميعاد الاستحقاق بتقصيره منه كان ملزما بفرق السعر دون اخلال بفوائد التأخير .

وقد اقتضت سياسة الاختصار فى النصوص التى سيطرت على اللجان التشريعية فى مجلسى البرلمان حذف هاتين الفقرتين باعتبار أن حكمهما مستقر فى القضاء (تراجع الأحكام المشار اليها فى المذكرة الايضاحية وخاصة

حكم مصر المختلطة ٤ مايو ١٩٢٢ جازيت ١٩٢٢ ص ٦٨) وأنهما تقرران قواعد عامة لا محل للخلاف فيها واذن ففى وسعنا اعتبار هاتين الفقرتين من مشروع المادة ١٣٤ – رغم عدم ورودهما فى القانون بالصورة التى صدرتها – بيانا واعرابا عن وجهة نظر القانون المصرى فى مسألة تقويم الالتزام بالعملة الأجنبية ومؤدى تلك النصوص مايلى :

(١) أن المدين بالتزام مقوم بالعملة الأجنبية فى وسعه دائما أن يفى بدينه وفاء صحيحاً بنقود مصرية ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك (م ١٨٦/٢ من مشروع القانون المدنى) .

(٢) أن سعر قطع النقد الأجنبى الذى يعتد به هو السعر فى زمان ومكان الوفاء ما لم يكن المدين قد تأخر فى الوفاء بتقصيره فيتحمل بفرق السعر (م ١٨٦ / ٣ من المشروع) .

وفى هذا الصدد تقول المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى ما يلى :

واذا كان الدين مقدرا بنقد أجنبى فالمدين بالخيار بين الوفاء بالعدد المذكور فى النقد من هذا النقد الأجنبى وبين الوفاء بنقود مصرية تحتسب على أساس سعر القطع فى الزمان والمكان اللذين يتم الوفاء فيهما . على أن المدين اذا تخلف عن الوفاء فى ميعاد الاستحقاق بتقصير منه فيلزم بالوفاء على أساس أعلى السعرين : سعر القطع يوم حلول الأجل أو سعره يوم الوفاء كل هذا دون اخلال بحق الدائن فى المطالبة بفوائد التأخر من يوم رفع الدعوى[1] .

واذا استعرضنا حالات اختلاف عملة الوفاء عن عملة الاتفاق وجدناها ترجع الى حالتين :

١ – حالة اختيار المدين المقوم دينه بعملة أجنبية وفاء ذلك الدين بعملة البلاد التى يتم فيها الوفاء .

---

(١) المذكرة الايضاحية جـ ٢ ص ١٠٠ .

٢ ــ حالة اشتراط حصول الوفاء بعملة أخرى غير العملة المقوم بها الدين والغالب الأعم من صور هذه الحالة أن يكون الدين مقوماً بعملة مكان التعاقد (العملة الوطنية) ويشترط حصول الوفاء بعملة أجنبية معينة .

والقاعدة فى الحالتين واحدة وهى أن العبرة هى بسعر القطع فى يوم استحقاق الوفاء فهذه القاعدة تنبسط على جميع حالات الاختلاف بين عملة الوفاء وعملة الاتفاق اذ لا مبرر للتفرقة بين الحالة التى يكون فيها ذلك الاختلاف اختياريا (حالة وفاء الدين المقوم بعملة أجنبية بالعملة الوطنية) وبين الحالة التى يكون فيها اختلاف العملتين الزاميا (حالة اشتراط الوفاء بعملة أجنبية معينة) .

ومن ذلك كله تخلص لنا قاعدة مستقرة ثابتة هى أن من حق المدين بمبلغ من العملة الأجنبية أن يفى بالتزامه بالنقد الوطنى اذا لم يكن ثمة اتفاق على عكس ذلك وأن العبرة عند الوفاء الالتزام بعملة تختلف عن عملة الاتفاق هى بسعر القطع فى يوم الوفاء بالالتزام ، بشرط واحد هو ألا يكون تأخر المدين فى الوفاء بتقصيره سببا فى مضارة الدائن متى كان السعر قد انخفض بين يوم الاستحقاق ويوم الوفاء .

واذن فمتى كان المشترى فى واقعة الدعوى التى صدر فيها الحكم موضوع التعليق قد وفى الثمن فى يوم استحقاقه دون تأخير بالدولارات الأمريكية على أساس سعر القطع فى يوم الوفاء فيكون قد قام بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا كاملا ولا عبرة مطلقاً بما كان عليه سعر القطع فى يوم التعاقد أو فيما بين ذلك اليوم ويوم الوفاء .

وقد جرى العمل فى الاستثمارات الدولية التى يجرى الاكتتاب فيها فى عدة دول على تحديد عدة عملات يتم بها صرف كوبونات الأوراق المالية ــ سواء كانت تمثل فوائد قرض أو أرباح رأس مال ــ وذلك تيسيرا على المكتتبين فى الدول المتعددة التى يجرى فيها الاكتتاب على أنه فى جميع

هذه الحالات يكون مشروطا أن تكون العبرة بسعر القطع فى تاريخ استحقاق كل كوبون وذلك تمشيا مع قاعدة الاعتداد بسعر القطع فى يوم استحقاق الوفاء[1].

هذا وان المحاكم المختلطة المصرية قد طبقت هذه القاعدة فى عدد من القضايا التى فصلت فيها ابان قيامها ومن أشهرها قضية بنك الأراضى المصرى التى صدر فيها حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٩ ديسمبر ١٩٢٧[2]، مقررا أن فوائد سندات البنك المشروط دفعها بالفرنك الفرنسى يصح الوفاء بها فى مصر بعملة مصرية تساوى الفائدة بالفرنكات بسعر القطع فى يوم استحقاق الكوبون وقد كانت لتلك القضية أهمية كبيرة بسبب انخفاض قيمة الفرنك الفرنسى بالنسبة للجنيه المصرى فى ذلك الوقت مما جعل لحملة سندات البنك مصلحة قصوى فى المطالبة بدفع الفوائد على أساس سعر الذهب أو على أساس سعر الجنيه المصرى أو الجنيه الاسترلينى وقد اطرحت محكمة الاستئناف المختلطة كل هذه المطالب وذهبت فى حكمها الى أن للمدين أن يوفى دينه بعملة البلاد التى يحصل فيها الوفاء وعلى أساس سعر القطع بين تلك العملة وبين العملة المقدر بها الدين فى يوم الاستحقاق .

وهذه القاعدة — قاعدة الاعتداد بسعر القطع فى يوم الوفاء أو فى اليوم الذى كان يجب فيه الوفاء — أصبحت من المسلمات فى تشريعات كافة الدول مهما اختلفت نظمها القانونية فهى مقررة فى بلاد القانون الأنجلو سكسونى كما فى بلاد النظم اللاتينية والجرمانية [3] ، بل وأكثر من ذلك قد توحد نص هذه القاعدة فى مختلف البلاد باتفاق دولى هو اتفاق جنيف الخاص بالقانون الصرفى الموحد الموقع عليه فى ٧ يونيه سنة ١٩٣٠ فى المادة ٤١ منه التى نصها :

(١) أنظر عدة أمثلة لهذا النوع من الأوراق المالية الدولية فى كتاب هنرى جيزان "انخفاض النقد وآثاره فى القانون المدنى" لوزان سنة ١٩٣٤ ص ٥٤ وما بعدها .

Henri Guisan : "La Dépréciation Monétaire — Ses effets en Droit Civil", Lausanne 1943, pp. 54 et seq.

(٢) المجموعه (البلتان) ٤٠/١١٢ .

(٣) Ed. Lambert : Un Parère de Jurisprudence Comparative (t. 33 de la Bibliothèque de l'Inst. de Droit Comparé de Lyon) Paris 1934 passim.

" اذا كانت قيمة الورقة التجارية محددة بعملة أجنبية فان المبلغ الذى يتعين سداده بالعملة المحلية يجب أن يحتسب على أساس سعر القطع فى وقت الاستحقاق " .

Quand le montant d'un effet de commerce est fixé en monnaie étrangère, la somme à verser en monnaie locale doit être calculée sur la base du change à l'époque de l'échéance.

وقد شرح العلامة أدوار لاميز هذه القاعدة وتتبعها فى تشريعات مختلف الدول وحلل أساسها القانونى والاقتصادى باستفاضة فى مؤلفه الذى سلفت الاشارة اليه . وبعد أن ينتهى المؤلف من الالتزام الصرفى يتناول (ص ٣٣ من المرجع المذكور) الالتزام التعاقدى بدفع الثمن فى عقد البيع فيجرى عليه نفس الحكم اذ يقول :

« ان التساؤل عن كيفية دفع ثمن الشراء المقوم بعملة .جنبية يلقى من القواعد القانونية العامة نفس الجواب الذى يلقاه من القانون الصرفى التساؤل عن كيفية دفع قيمة الورقة التجارية المقومة بتلك العملة الأجنبية » .

" Quant aux principes généraux du droit ... ils répondent á cette question : comment doivent être payés les prix d'achat établis en monnaie étrangère ? exactement de la même manière que le droit du change á la question : comment doivent être payés les effets de commerce libellés en cette même monnaie."

ويستطرد المؤلف فيتعقب قاعدة الاعتداد بسعر القطع يوم استحقاق الوفاء بالثمن فى مختلف التشريعات وفى أحكام القضاء فى مختلف الدول على وجه لايدع مجالا لمستزيد .

ومن الفقهاء الذين أفردوا لمسألة انخفاض قيمة النقد وأثرها فى الالتزامات المدنية دراسة خاصة الفقيه أوجين شكاف ولم يفته أن يتعرض لبحث موضوع الالتزامات التى تختلف فيها عملة الوفاء عن عملة الاتفاق وتحديد

تاريخ سعر القطع الذى يعتد به فى وفائها ويكفينا فيما نحن بصدده أن ننقل من الفصل المخصص لهذا الموضوع من كتابه « انخفاض قيمة النقد وأثره فى القانون الخاص » ما يلى :

« اذا كانت أثمان البضائع مستحقة الدفع نقداً فى يوم التسليم (وهذا هو الشأن فى مثالنا المتقدم) فان سعر القطع يحتسب فى ذلك اليوم بشرط ألا يكون تأخر المدين بسوء نية سببا فى الحاق الضرر بالدائن نتيجة للتغيرات الطارئة على سعر القطع »(١).

ويستعرض هذا المؤلف بدوره فى الموضع المذكور من كتابه (ص١٤٠ وما بعدها) العديد من أحكام القضاء فى مختلف البلاد مما يتضح منه استقرار قاعدة سعر يوم استحقاق الوفاء (دون يوم التعاقد) فى قوانين كافة الدول فيما يختص بالالتزامات التى يصير الوفاء بها بعملة غير العملة التى قومت بها تلك الالتزامات فى اتفاقات الأطراف وقد جارى حكم محكمة القاهرة الابتدائية موضوع التعليق هذه القاعدة المستقرة فسار على التطبيق القانونى السليم فيما قضى به .

(١) " Si des marchandises sont payables comptant au jour de la livraison, le cours du change se calculera à ce jour à condition que le retard, imputable à la mauvaise foi du débiteur, n'ait causé, par suite des variations du change, un préjudice au créancier. "

Eugène Schkaff " La Dépréciation Monétaire. ses effets en droit privé ", Paris 1926, p. 141.

تم بحمد الله ، طبع هذه المجلة
بمطبعة جامعة الاسكندرية ، فى يوم الأحد
٢١ من رمضان سنة ١٣٧٦ هجرية ،
الموافق ٢١ من أبريل سنة ١٩٥٧

علی محمد الهواری

مدير مطبعة جامعة الاسكندرية

Finally, it should be noted that price-policy and wage-policy acquire importance only when they are fitted in a general setting of economic policy, the objective of which is to insure stability at an adequate level of employment and economic progress. For this purpose, the primacy of fiscal (and monetary) policy should not be doubted.

price-level and not in the price structure. For the price structure will be continuously changing as a result of differences in the gains in productivity as among the different industries, which will enable the highly progressive industries to transmit part of the gain in productivity to the consumer in the from of lower price, while less fortunate industries will be able to grant some wage increase at the expense of some rise in the price of their products. In this manner the average price-level will be maintained constant while severe distortion in the wage stucture as a result of differential change in productivity can be avoided.

Of course, this can be criticized on the ground that there is certainly no virtue in clinging to a wage structure which is outmoded through unequal changes in productivity. It is better therefore to base such a recommendation on some explicit notion as to how the different groups in the economy should share in the results of economic progress.

XII

CONCLUSION

60 — The above discussion can be summarized in the following manner :

First, with regard to the cyclical behavior of wages and prices, the classical recommendation of general flexibility cannot be accepted any more under present conditions. Rigidity of wages and prices in response to cyclical fluctuations is therefore more desirable and can be insured, as Lange suggests, through fixing the price of some basic commodity like labor.

Second, full-employment policy should have in stock some plan to deal with the price-wage relationship in order to prevent this relationship from becoming an obstacle in the way of achieving the objectives desired. Some suggestions were made as to possible lines of action in this respect.

Third, with regard to long-range wage-price policy, it is probably best to strive for an approximately stable price-level with gains in productivity reflecting themselves in rising money (and real) wages. This can be ensured partly through the process of collective bargaining, and partly through government policy to maintain a stable level of prices.

the public some criterion to judge the policies of the groups involved and hence to exercise some pressure of opinion. This of course unless the budget evolves into a dictatorial tool of central planning or its equivalent, which is not unlikely.

XI

LONG-RUN WAGE-POLICY AND PRICE POLICY

59 — *The secular behavior of wages and prices* — The above was a discussion of the short-run objectives of wage policy and price policy. In a cyclical economy the question was whether it is more beneficial to employment to have flexible wages and flexible prices. In a full-employment economy, the problem of cyclical flexibility of wages and prices of course automatically disappears, and there remains only the long-run problem of secular flexibility.

60 — *Alternatives of long-run wage-price policy* — The famlliar alternatives for wage-price policy in the long-run are the following : (1) A stable price-level, on the average, with wages continuously rising as a result of the increase in the productivity of labor. (2) A continuously falling price-level with money-wages constant, but real wages rising. (3) A continuously rising price-level with even more rapidly rising wages.

The second alternative is usually severely attacked on the grounds that it is not the best] method for securing industrial peace, that it increases the burden of the national debt and makes the problem of government finance more difficult, and that it benefits the passive (rentier) group at the expense of the active.

Thus the choice remains only between the first and the third alternatives. Of course what is meant in the third alternative is moderately rising prices. Rapid secular rise in prices is certainly not advocated.

61 — *Hansen on long-run wage price policy* — Historically, the case is for an approximately stable price-level, as Hansen points out. [1] What he advocates is only stability in the general

1. A. H. Hansen, Wages and prices : The basic issue, in *New York Times Magazine*, Jan. 6, 1946; also reprinted in Bakke and Kerr, *Unions, management and the public*, pp. 809.

however, evades the problem by eliminating it. This will be the opinion especially if one is interested in maintaining the present form of the economic system. It is not to be hoped however that anything better than crude attempts of this type will be made espcially in a situation where there is so much chaos and skepticism in the field of values.

58 — *Possible solutions to the problem of wage-price policy*— From the above it is clear that any solution to the problem of wage-price policy will have to come through some kind of moderation of self-interest, voluntarily or through pressure, by a sense of social responsibility. Some of the ways that have been suggested to this end are the following: (1) That the labor group become a socially responsible group through acquisition of political power on a pattern similar to what happened in Britain. In this case, the success of the labor group to wield the machinery for directing the whole social policy will depend on the sense of moderation and compromise between its own interests and the interests of the communilty. (2) That the government as a moderating group will use political means of compensating the labor or business group as the case may be for thc economic concessions they make. (3) That public opinion enter as an instrument of pressure against the group which presses unreasonable claims. The first two suggestions were made by C. E. Lindblom and L. E. Reynolds respectively at a discussion in the Economics Club of Yale University in 1949. The third suggestion is made by L. Keyserling of the Council of Economic Advisers of the President in an article entitled "For a national prosperity budget". Keyserlings' idea is that the government should prepare a budget which "by estimating for a few years ahead the maximum output that our resources and skills can achieve without the forced draft of a war economy, and what this would mean in profits and general well-being, would challenge the energies and imagination of every element in our economic system. By defining some of the key requirements for this volume of output.... it would shed light instead of heat on some of the most vexatious problems now confronting us." This "budget would not be forced upon anyone. It might be ignored or followed just as the weather reports." It is merely "an informational device" and "would tend to identify particularistic interests with the common good". In other words, this is a device to give

this is two-fold: (1) In the first place, the units among which the interplay of power was to take place were institutionally to be a negligible fraction of the community as a whole. (2) In the second place, the system, in spite of its inherent power-relationship basis, and because of the fact that it has a minimum of anti-social effects, came to entrench itself in the conscience of the community as a value in itself; so that, although it does not actually provide any objective solution for the distribution problem, it came to be quite a good substitute for one.

Now, with the collapse of atomistic competition, the problem of course appears in its true form again. The alternatives however are the same; for, since an objective solution of the distribution problem seems to be far from being in sight, we have to rely on some self-deception analogous to the competitive system once again, i.e. by substituting for an objective solution another relatively harmless system of power-relationships.

A system of power-relationships (if it can be called a system) is what we actually have now in this field; the probem is to render it harmless, or relatively so. One thing we can be sure of, and that is that the classical dominant motive of the self-seeking type will definitely have to be abandoned if these groups are ever to be able to live together. This has, and always will be, my opinion. The classical glorification of self-interest is a relic of an old era which will have to be abandoned, at the penalty of the collapse of the whole system. "All liberties have their responsibilities," says Beveridge; and responsibility means unequivocally the limitation of the motivation by self-interest. To state matters more explicitly, I again quote Beveridge, "If the people of Britain generally under full-employment become undisciplined in industry, that will show that they are not sufficiently civilized to be lead by anything but fear of unemployment and are unworthy of freedom, or that the control of industry must be changed." [1]

Of course I am not contending that a solution of the problem on an objective value basis is impossible or that it has never been attempted, wittness the Marxian solution. A solution of this type,

1. W. H. Beveridge, *Full-employment in a free society*, p. 207.

In this latter type of economy, the problem of wage-price policy assumes crucial importance, since letting wages and prices behave in the manner we are accustomed to in the prosperity period in a cyclical economy, namely a spiral of wage-price revisions upward, will be harmful and might even be damaging to full-employment policy. It is clear that the danger of this competitive spiraling upwards between wages and prices is a much more serious contingency in a full-employment economy than in a cyclica. one since the stonger bargaining position on the part of the labol group and the virtual guarantee of the absorption of business output will provide a greater chance of irresponsible policy on both sides

On the other hand, unless some measure is undertaken to ensure a reasonable policy on the side of both groups at the same time, any attempt to control the policy of one group while leaving the other relatively free, must prove its failure.

All this of course is on the assumption that the interests of the consumer will contiue to remain unorganized and only taken care of indirectly through the agency of the government, which is by no means necessary, nor, according to my judgement, even possible for an extended period under a system of policy-making hrough large-group relationships. It goes without saying that ther identification of the interests of the consumer with any one or more of the producing groups is too rough to have any degree of justification.

57 — *Power-relationships and the distribution problem* — In my opinion, the economic system is moving towards discarding the market mechanism in many of its important capacities, and that the problem we are now discussing is merely one aspect of this general trend.

I believe also that this has not in the least changed the character of the distribution problem; on the contrary, it has revealed to us its true character which had been temporarily hidden beneath the treacherously normative character attributed to competition.

The competitive system, although inherently a system of power relationships, was nevertheless a more fortunate solution to the distribution problem than its substitute at present. The reason for

units to conform to the ideal indicated by the aggregates unless of course their own immediate interest happens to coincide with the interest of the system at large. This is clearly the case, if the above analysis is accepted, with the labor group. Each particular labor union tries to prevent its wage rate from falling because of its own sectional interest in maintaing a high income for its members. If this coincides with the interest of the community at large (being more favorable to economic activity and the level of income) it is not because that particular labor group worries about the effects of its behavior on the aggregates, but because by mere chance its immediate interest happens to coincide with the interest of the economic system.

What is the sense of saying then that if there is free competition in the labor market no equilibrium will be established because the wage rate will continue to fall ? Of course this is true. But does such a state have any tendency to reestablish full-employment ? Unless the above analysis is considered as an apology for the existing pattern of union behavior, the answer must certainly be in the negative. If this is the case competitive wage-cutting will simply mean extreme short-sightedness on the side of the labor group. And therefore it is not necessary for Keynes' concept of underemployment equilibrium to be valid to assume institutional rigidity in the wage structure; it is quite sufficient to assume some degree of rationality on the part of the constituents of the system. It appears to me quite qeer to try to stigmatize such behavior by calling it "rigidity" relying on a traditional out-of-date craving for competition and flexibility.

SECTION X

WAGE-POLICY AND PRICE-POLICY IN A FULL-EMPLOYMENT ECONOMY

56 — *Statement of the problem* — Up to now, our discussion was concerned with what might be termed "a cyclical economy", i. e. an economy in which cyclical fluctuations cannot be entirely eliminated and their existence will have to be taken for granted.

However it is possible that in the near future we shall be confronted with a different type of economy as a result of conscious policy to ensure a high level of aggregate demand, namely, the full-employment economy.

In a more recent article, [1] Haberler still maintains the same views. In this article, he again criticizes the concept of an underemployment equilibrium. "According to a widely held view" he says, "which can be described as a sort of simplified, popular Keynesianism, the possibility of under-employment equilibrium has been denied by the "classical" school and demonstrated by Keynes." This he does not accept because "obviously, underemployment equilibrium with flexible wages is impossible," which means that the concept depends on "the role of wage (and price) rigidity in the Keynesian system." [2]

This type of thinking, as far as I can judge, seems to arise from a confusion between the aggregative equilibrium and the particular equilibria. The concept of underemployment equilibrium is very clear indeed in the aggregative type of analysis. All it implies there is that given a low propensity to consume and an equally low propensity to invest (arising, e.g., from the inadequacy of consumer demand or from the lack of technical progress), the equilibrium position of income will be one in which part of the supply of labor will be unemployed at the going rate of wages. Not only this, but revision of the going rate of wages downward will most likely be incapable of improving the situation. Revision upwards of course has no tendency to be accomplished under such circumstances. Therefore, with that given propensity to consume and the other givens with regard to the propensity to invest, the equilibrium level of income will be an under-employment equilibrium.

This, however, does not deny that, business firms, if left to their own particular calculations, will obviously see it too their immediate interest to cut down the wage rate. From what has been said in our above analysis of the effect of a general wage cut on the system as a whole, this is clearly a harmful procedure (assuming of course that there is generally a deficiency in the propensity to consume below the optimum as we have explained above). And yet we cannot expect the behavior of the particular

1. Haberler, "The General Theory 4", in *The New Economics*, especially ection 4, p. 166 ff.

2. *Ibid*, p. 167.

But by far the most curious attempt at reconciliation I came across was that undertaken by Haberler in his book *Prosperity and depression.* Faithful to the plan he set for his book, he tries to bridge the gap between the classical theory and the Keynesian theory. But in trying to do so he put forth a series of very queer propositions. First, though perhaps not foremost, he denies the incompatibility of the classical theory with involuntary unemployment, although he does not give any adequate explanation of what he means. At the same time he proposes that the classical theory will probably not deny the favorable effect on employment of increased aggregate demand — forgetful however of the important fact that in the opinion of the classicals this is not the root of the difficulty. But the more serious proposition is still to come. For, in the next paragraph Haberler states that presumably both Keynes and the classical school will accept the proposition that "if there is free competition in the labor market, money wages will fall continuously so long as there is unemployment. A situation in which wages fall continuously can hardly be called an equilibrium position." In other words, Haberler seems to suggest that Keynes will agree to the impossibility of an underemployment equilibrium. If this is true then I really do not know what the whole *General Theory* is about. The "real difference" in his opinion between the two schools is where they express their views as to the relation between money wages and real wages, that part of the controversy where as we have seen Keynes' suggestion has proved to be wrong. Nothing would be more superficial in fact than an attempt to reduce the difference between the two schools to this insignificant point. Keynes' discussion of the effects of a change in money wages (chapter 19) does not seem to provide for Haberler sufficient basis for controversy. "A closer analysis of this chapter" he says, "seems to suggest that there is no fundamental difference between Mr. Keynes' results and those reached by those more orthodox writers (such as Prof. Pigou in his "Industrial Fluctuations") who pay attention to possible short period repercussions of wage reductions."[1]

---

1. G. Haberler. *Prosperity and depression,* 1941, p. 240.

itself — it depends on consumer demand. The expansion of the consumers goods industries depend on consumer demand. The consumer *is* the central figure in the whole economic system. Saving and investment should be only sufficient to provide the necessary equipment for the satisfaction of the expanding consumer demand.

It is thus that I disapprove of wage reduction as a means of increasing employment. Nevertheless, one cannot resist the temptation to ask the following question: Is the classical system really as absurd as it looks to us today? Probably the classical writers have tried to carry too far what may be pictured in Keynes' terms as "Euclidean geometry in a non-Euclidean world". Not that the economic system was never 'classical' but that classical economics is no more applicable to our present-day problems. This is how Lange describes the situation: "We have found," he says "that only under very special conditions does price-flexibility result in the automatic maintenance or restoration of equilibrium. There are good reasons to believe that these conditions were approximately realized in the long run during the period which extended from the 1840's until 1914."[1] In our present capitalist economy, however, conditions have so changed as to make price-flexibility no more applicable.

This is merely another persuasive illustration of "historical relativity". Rather than characterize a particular doctrine with falsehood, critical judgement will most probably find that it was designed to fit a different set of circumstances.

55 — *Attempts at reconciliation* — Some writers, however, lose sight of this fact and try to reconcile what is in fact irreconcilable. We have already pointed to the attempt to compromise between the classical view and the Keynesian view by confining the application of the former to the upswing and the latter to the downswing.

Other attempts have been made. J. A. Estey, e.g., favors the classical view in the case of minor depressions "where adjustment comes quickly", the argument being that reduction in wages would add to the stimulus. In a prolonged and serious depression, however, wage reduction merely serves to reduce the volume of active consumption. The inconsistency of such a view is evident, since this last argument, applies sooner or later to both cases.

1. O. Lange. *op. cit*,. p. 83.

People buy factors of production for the sake of investment; they buy goods either for the purpose of consumption or for the purpose of investment. By the nature of the case we have, the community as a whole is not expected to increase its real consumption. If the positive monetary effect is not directed to the security market, the interest rate will remain constant. To all probability, as Keynes points out, the marginal efficiency of capital will be adversely affected by the wage cut. Thus investment demand cannot be relied upon in such conditions to absorb the released supply of cash-balances. How, then, does Lange expect the positive monetary effect to be directed to commodities and factors? The answer is that it simply cannot. If part of the released cash is directed to the security market, and is effective in the sense that it lowers the long term interest rate, then, and only then can the other part be directed to goods and factors in the form of investment demand (neglecting for the moment my previous contention that even then investment cannot be increased). But if this is the case the wage-cut acts only through the interest rate.

54 — *The substitution effect: A cure for unemployment?* — Another point which is open to criticism is connected with the substitution effect, both intratemporal and intertemporal. Intertemporal substitution is simply a shift of demand from the future to the present. What happens when that future is attained? Even if we prefer to be short-sighted and let the future care for itself, we still have to worry about the present. For, intratemporal substitution is nothing but the substitution of our factor or its product for other factors or their products. What happens to these latter? In the short run, this can only be a substitution of one type of labor for another, because in the short run labor and capital are complementary in production. One sort of labor is then employed at the expense of another, and the community has nothing to gain. In the long run, substitution of labor for capital becomes possible through the use of less efficient equipment, which is a step in the wrong direction. In so far as labor and capital are substitutable in the short run, the substitution of the former for the tatter means a fall in the demand for the latter with ensuing unemployment in the industries devoted to its production and all the well known secondary effects. So, from whatever angle the matter is looked at substitution is an illusory solution for the problem of unemployment. There remains only then the expansion effect. We have seen that the expansion of capital goods industries is nothing to stand by

(whether a raw material, a semi-finished good or a capital good) is all the time (unless it ceases to be contributing to the production process) maturing, i.e. approaching more and more the stage at which it will be ready for direct consumption by the ultimate consumer (from this point of view, a capital good should be viewed as being continuously embodied in the processed goods, thus being virtually converted into a consumable form). Even if we assume some sort of willingness on the part of business-men to hold goods which they do not expect to sell to a final consumer but instead to other business firms, such a process cannot be carried on indefinitely since sooner or later the particular good will reach the stage where the basis for further exchange of that good is entirely absent, unless it is disposed of to the consumer. At such a stage, the absurdity of demanding and holding goods for the account of someone who does not want them (the consumer) becomes clear and the penalty for it will obviously be losses. Thus it is even more absurd to ask businessmen to be "willing" to absorb goods produced regardless of the propensity to consume.

On the other hand, I am not denying that the propensity to consume can be higher than the optimum from the point of view of employment. [1] There should be a presumption however (in absence of a definite proof) that the propensity to consume is generally below the optimum, unless of course we are ready to discard the current view that the problem of unemployment is primarily a problem of unabsorbed savings at high levels of income. It should be noted too that a high propensity to consume means not more than that the process of capital accumulation is slowing down, a state which might be preferable to a highly progressive economy that makes up for excessive "progress" by occasional wastages of unemployment.

This brings us to Lange's contention that Keynes' case is a special case of his positive monetary effect. Lange's idea, as far as I can understand it, is that when the wage cut is accompanied by a positive monetary effect, the released supply of cash-balances need not necessarily (though institutionally speaking it is more likely to) be directed to the security market. It can be directed to commodities or to other factors. Let us see whether by the nature of the case this can happen.

---

1. See O. Lange, The rate of interest and the optimum propensity to consume, *Economica*, 1938, pp. 12—32; also in *Readings in the theory of Business cycles*, pp. 169—92.

consumer demand will have fallen on the average as a result of the wage-cut. And if the wage cut is permanent, as it is meant to be, this reduction in the propensity to consume will continue. How can we ever expect investment to increase ? If the original investment was sufficient to satisfy the greater demand that we had before the wage-cut, how can it be that we need more investment to satisfy the smaller demand that we have after the wage-cut ? Certainly the interest rate has fallen. But the marginal efficiency of capital must have fallen even more. Otherwise something is evidently wrong. In other words, if entrepreneurs expect a remunerative level of prices at the original level of investment, let alone at an expanded level, they certainly deserve the disappointmet that is sure to come. To argue that although demand has fallen initially investment will stimulate it through the multiplier effect is a poor argument indeed since this only postpones the day of reckonning, especially as the adverse redistribution consequent on the wage-cut gets more and more serious. Thus, my contention is that even investment demand cannot possibly be expected to increase whatever happens to the interest rate.

Of course I realize that some writers maintain that "if subsequent investors are consistently willing to absorb enough of the additional output to which previous investment gave rise, then the economy may go on expanding indefinitely, regardless of how low the propensity to consume is". [1] Significanlly enough, the same writer remarks immediately after this statement (in a footnote, to be sure) that this will happen "unless the marginal efficiency of capital ... declines to zero or to the institutional floor level of interest rates." It is very hard to discover precisely what a writer of this group really means by the expression "marginal efficiency of capital". If we divide the path of capital goods and goods in process to the ultimate consumer into stages, according to how far they are removed from this destination, we find that each stage depends for its demand on the subsquent one in the chain. It is true therefore that the demand of one business firm for the products of another business firm is a genuine demand that can be depended upon for the continuation of a production process. In this respect, views of the type quoted above add nothing new. It should be observed however that a particular material in process

---

1. W. Fellner. Employment theory and business cycles, in *Survey of contemporary economics*, pp. 77 — 8

SECTION XI

A WIDE DIVERGENCE OF OPINION : ATTEMPTS AT RECONCILIATION

52 — *Causes of divergence*—By now, it is clear that controversy on more than one point is the prominent feature of the subject. Different reasons for this can be mentioned. In the first place, there is the problem of methodology. Most of the optimism of the classicals with regard to the desirability of price-flexibility is the result of too much reliance on partial equilibrium analysis. The root of the controversy about whether price flexibility is an independent way of increasing employment or whether it works only through the medium of the interest rate lies in the preoccupation with what is known as comparative statics to the sacrifice ot dynamic analysis[1]. The strange inclination on the side of Pigou to slight the gap between his model and reality is worth noting. From this point of view, Lange's methodology is admirable. After having begun his exposition with a simplified model, he proceeds to remove his assumptions successively in the course of his book.

In the second place, but more important, there is the difference in assumptions among the different writers. As we have seen the basic difference between the Keynesian school and the classical school is that concerning the interest rate. The theory of the interest rate thus occupies, as it should, a position of central importance in the whole subject. It depends on what theory we accept to decide whether price-flexibility is desirable or not. It is hard to believe that many writers still cling to a pure time-preference theory of interest; and it is clear that the classical theory of the interest rate and the classical theory of employment stand and fall together.

53 — *The behavior of consumption and investment* — On the whole then if we accept Keynes' theory of employment, it will be inconsistent to advocate price-flexibility as a means of increasing employment. Nevertheless, there seems to me to be a point of weakness in Keynes' analysis. The point is this: Everyone recognizes the fact that investment, whether public or private, is not undertaken for its own sake, but with an eye on its instrumentality in producing for the satisfaction of final consumer demand. Now, by hypothesis,

---

1. See Lerner's article mentioned above.

question here is this: Will an *increase* in wages lead to increased employment? Writers like Sidney C. Surfin and R. F. Mikesell maintain that it will. Others maintain that it will only under specified conditions.

Mikesell's idea is that a wage increase can increase employment if the marginal productivity curve of labor is positively sloping. The mistake he makes is that this situation is incompatible with equilibrium. Because for equilibrium to be stable, two conditions are necessary: (1) that the first derivative of the marginal productivity curve for labor at the point in question be equal to zero (which is true whether the point is a maximum or a minimum). (2) that the second derivative of that curve at that point be negative (which is necessary for the point to be a maximum). So, in equilibrium, the marginal productivity curve of labor cannot be positively sloping.[1]

Surfin makes the same mistake. His idea is that a monopolist can increase his wage and expand employment if demand is so elastic that his price does not fall as much. The answer to this is that, if this is true, he would have expanded employment in the first place, i. e. without the wage-increase.[2]

Joan Robinson, however, points to the case where a monopsonist who increases the wage rate is confronted with such an elastic supply of labor that his marginal cost decreases. Here employment will expand.

It must be noted that all this discussion runs in terms of partial equilibrium. The effects discussed are not those of a general rise in wages, but of a rise in a particular firm or industry. Mosak however points to the case where the rise in wages increases income and hence demand, thus having a more than offsetting effect on the marginal value productivity of labor. If this happens, a rise in wages leads to increased employment.[3]

1, 2, 3, J. Mosak, Wage increases and employment, *American Economic Review*, 1941, pp' 330—2, with references to other writers.

aggregate demand both on the public and the private sides. (3) The dissolution of oligopolistic and oligopsonistic groups provided that the rules of public policy be substituted for the disciplinary rules of these groups. If this is impossible then socializaton of the industries where such conditions exist may be the best policy. (4) Less flexible prices to be insured in order not to hamper the smooth allocation of resourses by fixing the price of one staple commodity, e.g. labor. Lange points to the gold standard as being based on the same concept, although gold, he observes, is a poor commodity for this purpose.

SECTION X

OTHER VIEWS ON PRICE-FLEXIBILITY

50 — *Flexibility upward* — What was said above is by no means all that has been said about the subject of price-flexibility. In fact the striking thing about the subject is that almost all possible views have been put forward. To all appearance as a sort of compromise some writers have tried to reconcile the two above mentioned views by restricting the sphere of validity of each of them. Writers in this group advocate price-flexibility only in the upswing of the cycle; in the downswing they advocate wage rigidity. [1] The latter portion of their attitude is certainly the result of the Keynesian influence. Their attitude towards wage flexibility in the upswing is explained by their belief that wage-rigidity is a factor which intensifies the boom. J.A. Estey points out that "both those who think of costs and those who think of purchasing power can advocate rising wages in expansion" although the aim would be differet the former aiming to keep the boon in bounds by restricting the margin of profitability; the latter at maintaining the boom by maintaining an expanding consumption.

51 — *Negative price-flexibility* — Up to the present, however, we have been considering whether a flexible wage-level, in the sense of being positively flexible, or an inflexible wage-level in the sense of having zero flexibility, is the thing to alleviate unemployment. The obvious remaining possibility is that of a negatively flexible wage-level. And, to be sure, this too has been advocated. The

1. See e. g. E. Lederer, and others.

48 — *III : Effects of innovations* — Innovations affect output and employment through a number of channels : (1) They usually decrease technological uncertainty. (2) They may affect marginal cost in either direction . (3) The same is true of the marginal value productivity of factors . (4) In case of free entry they increase the number of firms in the industry. The result of all these effects may be on the whole in either direction.

Experience shows however that inventions are factor-using for a period of 'gestation' while they are output increasing in a following period of 'operation.' If price flexibility is to ensure stability, the excess demand for factors in the period of gestation must be accompanied by a positive monetary effect. The same is true of the excess supply of goods that will develop in the period of operation.

With a negative monetary effect, both cases develop into a cumulative process upwards then downwards. This actually provides a characteristic semi-cyclical pattern, the upper turning point of which results from the transition from one period to the other, while the lower turning point may be explained by a change in the nature of the monetary effect. With oligopolies and oligopsonies present, the movement may be only downward since they thwart factor-using innovations.

As a remedy for unemployment, innovations alleviate it only if they are factor using and only during the period of gestation. If we are to rely on innovations as a permanent cure for unemployment we should hence have such an adequate *continuous* flow of them as to ensure a continuing period of gestation. This effect is even more uncertain under oligopoly and oligopsony except in so far as a wave of innovations is so strong that it break their group discipline.

Here too the desirability of price flxeibility is dependent on the strict conditions explained above. These conditions were approximately realized up to the outbreak of the first world war. But this is no more the case in our present economy. This makes price flexibility undesirable as a current policy.

49—*Measures for policy* — On the basis of this discustion Lange recommends the following measures for policy : (1) Monetary management to ensure a positive monetary effect . (2) Increasing

Thus as a conclusion price-flexibility leads to stability at full employment only under the very strict conditions examined above. Let as now see whether it helps the economic system to absorb shocks coming from changes in the propensity to consume, capital accumulation and innovations. All the following discussion, as we shall see, is a mere application of the above analysis.

46 — *I : Changes in the propensity to consume* — A fall in the propensity to consume implies a fall in the demand for some final products and hence in the demand for the factors used in their production. All the above analysis applies concerning the desirability of price-flexibility, with the conclusion that under the conditions of the present economic system, price flexibility must prove to be a failure.

The question arises however as to how the classical theorists did arrive at a different conclusion. The explanation which Lange gives is that classical theory assumed : (1) A positive monetary effect. (2) A unit elasticity of effective expectations (which excludes the effect of uncertainty). (3) Interest sensitiveness of investment. Empirically, for our present-day economic system, these assumptions are obviously unrealistic.

47 — *II: Effects of capital accumulation*—The classical theory maintains that the exhaustion of investment opportunities consequent on capital accumulation and the resulting fall in the marginal productivity of capital, cannot possibly happen under flexible prices. Because, if the demand for capital goods falls with unemployment ensuing, factor prices will go down and hence the marginal cost of producing capital goods falls, hence their prices, which process will finally restore the profitability of investment. Investment opportunities are thus unlimited.

The weakness in this reasoning lies in the presumption that when factor prices fall their employment will expand up to the point of full-employment. In other words, it assumes a positive monetary effect unthwarted by any of the adverse factors discussed above. Thus, this theory is in fact a limiting case which is not the one closest to reality.

44 — *III*: *mperfect competition* — The introduction of monopoly and monopsony does not change the conclusions arrived at above, provided we substitute the imperfect for the perfect stability conditions, namely the equalization of the marginal revenue productivity (or the marginal revenue for a product) to the marginal expenditure (or marginal cost).

What is new is the effect of the presence of oligopoly and oligopsony. This effect arises from the fact that as a result of group discipline oligopolies and oligopsonies are insensitive within some range to changes in the marginal cost and the marginal value productivity, respectively. The first thwarts the expansion effect; the second, by preventing other factors prices from rising when the positive monetary effect is directed to them, thwarts the intratemporal substitution effect.

Thus under oligopolies and oligopsonies even a positive monetary effect is insufficient to make price flexibility workable.

45 — *IV* : *International trade* — We have seen above that the reason why a positive monetary effect is favorable to our factor's employment is that it prevents the prices of other commodities and factors from falling proportionately. Precisely this same "parachute effect" is performed by purely competitive international trade. The reason is that whatever happens to domestic prices has no effect on international prices by the assumption of pure competition.

The absence of effect on international prices cannot, however, be expected under impurely competitive international trade. Nevertheless, the parachute action is still possible if there is an influx of money into the country, i.e. the country which cut the price of its factor. Obviously, this influx will depend on a favorable balance-of trade. Exports will be affected favorably in so far as the marginal cost of our factor's product falls more than its marginal revenue. The effect of the wage cut on imports will depend on the change in the relation between marginal costs for imported and domestic factors and also imported and domestic goods. The result of imperfect competition in international trade is, therefore, to render doubtful its stabilizing effect.

must lave what large calls "an unresponsive monetary system". On the other hand, if expectations are elastic the real demand for cash-balances increases, so that what we need, intratemporally, is that the real quantity of money more than offsets this increase, i.e. that $\frac{\Delta Q_m}{\Delta D_{cash}}$ be greater than unity. The monetary system must be "responsive".

Thus, generally speaking, excess supply of cash balances is what we are after to make price-flexibility desirable; and it depends on two factors: -1- The quantity of money. -2- The elasticity of expectations. The most favorable situation is where we have both a positive monetary effect (that does not act through the security market) and inelastic expectations. They are both stabilizers.

The case with the interest rate however is somewhat different. The reason is that the discount ratio $\frac{1}{1+r}$ varies inversely with the interest rate. Thus, the more r is expected to fall in the future, the more it results in favorable intertemporal substitution. Hence when the current rate of interest falls it is favorable to expect even a greater fall in the future (elastic expectations); while if it rises (negative monetary effect) it is favorable to expect it not to rise as much in the future (inelastic expectations).

On the whole then the conclusion is that inelastic expectations are necessary for price-flexibility to lead to stability.

If we take into account the fact that business planning is carried on under uncertainty, price-flexibility must be considered unfavorable to economic activity. The reason is two-fold: -1- In the first place, price-flexibility increases the range of the probability distribution of expected prices, thus increasing the entrepreneur's risk premium, which means a shortening of the future period for which production is planned (and purchases are planned). -2- In the second place, this shortening of the "economic horizon" for entrepreneurs and individuals limits the future dates between which and the present intertemporal substitution can take place. Thus even assuming a favorable intertemporal substitution effect (inelastic expectations), price flexibility is liable to make it so weak as to lose its stabilizing effect.

There remains one channel, however, which is very uncertain in its effects, and that is if the released supply of cash-balances is directed to the security market. Its effect will certainly be an increase in the prices of securities, i.e. a lowering of the interest rate. But is this definitely favorable to our factor ? This may be doubted because : (1) The interest elasticity of investment is known to be small. (2) The fall may be only in the short term interest rates which are not significantly relevant to investment decisions.

Thus, if price-flexibility is to increase employment, we must have a positive monetary effect provided it is not directed to the security market.

43 — *II. Expectations and uncertainty* — In what was said above, the real demand for cash-balances was always constant, when all prices fall proportionally, and thus our attention was wholly concentrated on what may happen to the real supply of cash-balances. In fact, we have here a similar situation, as we introduce expectations. For, if, when our factor's price falls, its price and the price of all relevant substitutes in the future fall to the same extent (i.e. proportionately), the real relative price structure between the present and the future remains the samer Thus the real supply and the real demand both for goods and for cash balances is not affected. This is what is called a unitary elasticity of expectations. Elasticity of expectations is greater than unity when future prices are expected to fall more than proportionately to the present price of our factor; and is less than unity if they are expected to fall less than proportionately.

Evidently in this last case people will shift part of thei. demand from the future to the present. This is precisely equivalent in its effects to the released supply of cash-balances we saw in the case of a positive monetary effect (intratemporal). It is thus favorable to our factor's employment. The reverse happens if the elasticity of expectations is greater than unity.

The important thing is that when we have inelastic expectations it should not be spoiled by an adverse intratemporal effect, i.e. if the demand for cash-balances has intertemporally decreased, the quantity of money must not decrease by the same amount In other words, $\frac{\Delta \text{ real quanity of money}}{\Delta \text{ real demand for cash balances}}$ must be less than 1. We

increased by banking policy. If, howerer, the nominal quantity of money is decreased by banking policy more than proportionately to the fall in prices, we have a fall in the real quantity of money.

In this last case, we have a negative monetary effect — negative in the sense that a real excess demand for cash balances has resulted from the fall in prices. In the first two cases, we have a positive monetary effect — positive in the sense that a real excess supply of cash balances has been released as the community's reaction to the proportional fall in prices.

Now, an excess supply of cash balances (over demand) means an excess demand for goods; and an excess demand for cash-balances means an excess supply of goods. The former raises the prices of these goods (commodities and factors) thus preventing them from falling proportionately. The latter lowers their prices thus making them fall more than proportionately to the price of our factor.

If we have an underemployed factor, a fall in its price will not affect its demand if all other prices fall proportionately at the same time, because an increase in this factor's demand will depend upon: (1) An expansion effect, if the price if its product does not fall proportionately.[1] (2) A substitution effect of this factor or of its product to other factors or their products if the prices of these latter do not fall proportionately.[2] Both of these cannot happen if all prices fall proportionately. They cannot happen a fortiori if we have a negative monetary effect. They happen, however, under a positive monetary effect.

The released supply of cash-balances can be directed in this case in several possible channels: If it is directed towards purchasing our factor directly, it will alleviate its underemployment. If it is directed towards buying its product the expansion effect will operate. If it is directed to other factors or their products we shall have a favorable substitution effect. Thus, however this excess supply of cash-balances is directed it is always favorable to our factor.

---

1. This will happen if our factor is not the only factor in marginal cost.

2. This is the buyer's point of view. The producer will switch over as far as he can to the production of those goods the price of which did not fall proportionately especially when their factor prices have fallen enough.

41 — *Lange's model* — In order to examine the first question, Lange works with a model in which he assumes: (1) Static expectations. (2) Perfect competition. (3) A closed economy.

Within this model he tries to formulate what he calls the "monetary effect" and the conditions under which price-flexibility will work. Then, he removes his previous assumption successively and sees whether the new complications are and under what conditions, in favor of price-flexibility. As we said, in all this he discusses the case of an underemployed factor as well as that of a bottleneck factor. For the sake of simpliciy, however, and because the former is probably the more important case in practice, we shall confine our treatment to it.

42 — *I. The monetary effect* — The concept of the monetary effect is a very simple one. Cleared of all complications, it stems directly from two notions: (1) That barring the possibility of multiple equilibrium, a proportional change of all prices will leave the real supply and the real demand of all commodities and factors unchanged. (2) That, provided the rate of interest is the same, the equality between the real supply and the real demand for money may be disturbed.

In Lange's terms, the monetary effect depends upon "the way in which the community reacts to a proportional change in all prices (interest rates remaining constant). It depends on whether the community reacts by a substitution of goods for money or by a substitution of money for goods". [1]

Evidently, when all prices except the interest rate fall proportionally, there can be no change in the real demand for cash-balances out of purely intratemporal causes — which are the ones under discussion up to now. Thus the disturbance to the real supply and real demand for cash-balances must come from the former (i.e. the quantity of money).

It is obvious also that if the nominal quantity of money is kept the same, the real quantity will have increased. This will be the case a fortiori if the nominal quantity of money has been

1. O. Lange. *op. cit.*, p. 7,

that price dispersion is not a cause of business fluctuation, but an effect. "Granted a decline in income," he says, "price dispersion is bound to follow". Hence, he concludes, "direct attack must be made upon the cycle itself, not merely upon the price dispersion". [1] We shall, I believe, become more and more inclined to accept this view, especially as we conclude our argument in favor of general cyclical price-rigidity. It should be noted in passing that many writers do not lay any emphasis on the possible complications arising from a rigid business price-policy; these are primarily the writers who find most of the friction arising from the rigidity of factor prices and, in particular, the price of labor. That this in fact constitutes an obvious bias in a case where both types of behavior violate clearly enough the norms of a competitive system should go without saying. I can only explain it by reference to the traditional anti-business or anti-labor bias as the case may be, a bias which may be justly attributed to the particular writer until he comes to perceive the similarities between the two cases.

SECTION IX

LANGE'S DISCUSSION OF PRICE-FLEXIBILITY IN THE GENERAL SENSE

40 — *A general equilibrium analysis* — These above-mentioned silimarities are noticed by many writers, like Lange. In fact his treatment covers, not only factor prices as well as product prices, but it also covers the case of a bottleneck factor as well as that of an underemployed one.

We have seen above that the problem of wage flexibility has been attacked by two methods of analysis : the partial equilibrium method and the aggregative equilibrium method. Now Lange applies the tools of general equilibrium analysis.

His discussion is in fact bipartite : In the first place, he tries to answer the question whether price-flexibility leads to stability at full-employment. In the second place, he tries to answer the question whether price-flexibility helps to absorb shocks coming from changes in the propensity to consume, from capital accumulation or from innovations. The last part of the book is concerned with policy.

---

1. A. H. Hansen, *Fiscal policy and business* cycles, 1940, pp. 315 — 23.

changing (so-called administered) prices, as distinct from freely fluctuating market prices. (2) He then contends that infreqnency of change can be taken as an indicator of the small amplitude of change. (3) And lastly he asserts that where prices fell least, production fell most.

38 — *Neal's criticism* — Although many writers follow means' view, many others are skeptical about its validity. Of the latter, Neal puts forth a sort of compromise view by maintaining that, not price-inflexibility, but margin-inflexibility is the result of industrial concentration.

His attack on Means' argument involves all the mentioned steps in his reasoning. First he denies any significant correlation between concentration and differential frequency behavior of prices. Secondly, he maintains that the Bureau of Labor Statistics figures do not reflect the small amplitudes of change in which Means was interested. And lastly, he asserts that there is no directly perceptible correlation between concentration or price policy and the depression fall in production.

Not only this, but Neal condemns all attempts to explain price inflexibility in terms of the degree of monopoly as vitiated because the theoretical apparatus, monopolistic competition theory, is inadequate, since it neglects the dynamic aspects of behavior (expectations, non-simultaneity, etc.) and does not treat the variations in structural characteristics of the firm.

His position is that price inflexibility can better be explained by cost inflexibility, especially arising from the presence of "user" cost, since price-cutting, especially for competitive monopolies has a heavy user cost. He admits however that concentration leads to the inflexibility in the unit margin realized by business, and to this extent is undesirable since it aggravates the problem of saving. [1]

39 — *Hansen's position : is price-dispersion a cause or an effect ?* — The most effective criticism of this type of reasoning, as far as I can judge, is the one advanced by Hansen, namely,

---

1. A. C. Neal, *Industrial concentration and price flexibility*, 1942.

The conclusion, on the whole, then, is that the most favorable effect is liable to arise from the fall in the liquidity preference schedule combined with the same quantity of money.

SECTION VIII

PRICE-FLEXIBILITY IN THE NARROW SENSE

36 — *Price dispersion as a cause or an aggravating factor* — We have pointed out above that price-flexibility in a general sense includes wage-flexibility and price-flexibility in a strict sense which includes only the prices of commodities. We have pointed out also that flexibility of prices in this strict sense would certainly be advocated by any classical writer since any type of rigidity is considered as an obstacle to the natural functioning of the economic system. On this basis, many writers condemn the rigidity perceived in 'administered' industrial prices, and blame them, if not for the actual causation of depression, for the aggravation of the problem of unemployment.

The argument generally is the following: With falling demand in the downswing of the business cycle, business is confronted with two alternatives: either to let their prices fall in the face of the declining demand, or to maintain their prices at a high level at the expense of their volume of sales and hence of production. Some writers contend that there is an increasing tendency among business men to adopt the latter course. The effect of this is obviously to distort the price strucure as between flexible and inflexible commodities and to increase the volume of the unemployed.

37 — *Gardiner C. Means* — It is clear that any statistical verification of such contentions presents difficult problems. Probably the most famous attempt in that direction was the one undertaken by Means. [1] His method was to classify the prices of 94 items according to their frequency of change over the period from 1929 to 1933. His reasoning then runs in the following steps: (1) He maintains that concentration leads to infrequently

1. Gardiner C. Means, *The structure of the American Economy*, part I, 1939.

C. THE EFFECT OF A WAGE CUT :

THE KEYNESIAN SCHOOL

34 — *Partial analysis versus aggregative analysis* — In his *General Theory*, Keynes starts to examine this subject by pointing to the crude form of the argument in favor of wage-flexibility, namely, transferring the partial equilibrium phenomenon of increased demand with lower price to industry as a whole. But he hastens to remark that it is usually admitted that there will be some effect on aggregate demand [1] although not enough to thwart the first favorable effect.

Yet admitting the change in aggregate demand will evidently render the partial equilibrium inference inapplicable, because the original demand schedule becomes irrelevant. Hence, the problem must be attacked by applying the method of aggregative equilibrium.

35 — *Keynes' analysis of the effect of a wage cut* — The effect of a wage cut on the propensity to consume is likely to be adverse, because it involves a redistribution against wage-earners in favor of the rentier class whose standard of life is the least flexible.

On the other hand, a favorable effect on the inducement to invest is not at all certain. Because, although the resulting decrease in liquidity preference lowers the interest rate, it may affect only the short term rates; and even if it extends to the long term rates it is well-known that the interest elasticity of investment is very low. Moreover, the increase in the burden of debt on entrepreneurs and on the government is liable to be adverse, especially if combined with elastic expectations of the future price of labor.

Keynes, however, points to two factors which may be favorable, namely, the increase in business optimism and the effect of international trade. All these factors will be examined in more detail when we come to Lange's treatment.

1. In the sense of a reduction in demand. Cf. however the astonishing assertion of Pigou that each industry's demand curve will shift to the right because other industries will also expand thus increasing their damand for each other's output. Note that in his model net new investment is zero.

cut [1] for the theory maintains, as Kaldor explains, [2] that the interest rate falls because savings increase. The criticism then must be directed to the theory itself by showing that the increase in saving will *fail* to make the interest rate fall. This is actually done by the liquidity preference theory of interest as we have seen.

33 — *Wage-flexibility and monetary management* — Once it is proved that the time preference theory of interest is inadequate it becomes obvious that the wage cut can affect employment only through its effect on the interest rate. And if this is the case, this effect is not confined to a wage reduction, but will be realized if we made the interest rate fall initially by any other means, e.g. by increasing the quantity of money.

Thus, if we accept this conclusion, the subject of wage-flexibility loses much of its importance, for the whole subject will be reduced to a dispute over two methods of increasing the quantity of money, of which wage-reduction is not the better one. The reason for this is, as explained by Keynes, that a wage reduction is usually non-uniform, the workers in the weakest bargaining position suffering the most, not to say anything about the waste accompanying the struggle. Moreover, wage-flexibility is unfair to those factors of production whose remuneration is contractually fixed. It also increases the burden of debts, public and private, because of its effect on prices. It is most unfavorable to expectations and renders business calculation futile. [3] In all these respects, increasing the quantity of money is far superior.

Thus, in contrast to the first criticism expounded above, this criticism against wage-flexibility is really quite effective. Nevertheless, it does not dispense with a criticism of the main argument, namely, the argument whether wage-flexibility increases employment.

---

1. H. M. Somers, Money wage cuts in relation to unemployment, *Review of Economic Studies*, 1939, pp. 161-3.

2. N. Kaldor. Money wages in relation to unemployement : A reply to Mr. Somers, *Review of Economic Studies*, 1939, 232 — 5.

3. J. M. Keynes, *op. cit.*, pp. 267 — 9.

offer. There is no particular reason to suppose that they may be too recalcitrant in the face of such variation. This is why the classical writers believed in the effectiveness of the interest rate as an incentive to saving. On the other hand, and for different reasons, they believed in a similarly interest elastic demand schedule for savings, i.e. investment schedule.

Speaking in terms of the demand and supply for cash balances, they conceived of the demand schedule for cash balances as being sufficiently inelastic at all levels of the interest rate to make the interest rate, when necessary, fall without limit, and hence to make its manipulation through variation in the quantity of money practicable.

Keynes' theory is different. People do not require interest because they prefer present to future consumption, but because they prefer liquid cash to other forms of holding wealth. This preference arises from the advantages which ready money has for the purposes of transactions, precaution and speculation. The importance of this fact lies in its capacity to explain the phenomenon of the reluctance of the interest rate to fall below a certain limit. For, as the interest rate falls, a point is reached where everybody prefers to hold cash as distinct from commodities and securities. The reason is that beyond that point, "money's yield from liquidity does not fall in response to an increase in its quantity to anything approaching the extent to which the yield from other types of assets falls when their quantity is comparably increased."[1]

On the saving and investment side of the picture, the response of savings to changes in the interest rate is not to be exaggerated because saving is primarily a function of income. The response of investment is also limited because of the presence of the "risk" factor.

Thus when Pigou assumes in his model that $\varrho = r$ he is following the line of the traditional theory of the interest rate. The criticism that can be directed to him is not, as Somers says, that his theory fails to explain why the interest rate will fall after the wage

1. J. M. Keynes, *The general theory*, p. 233.

a greater income with greater liquidity preference raising the interest rate until it is again equal to the original rate of time preference. [1]

As we have mentioned, however, Pigou was easily trapped into admitting that a fall in the interest rate was a necessary concomitant of the increased employment. Lerner argues that, if r is admitted to fall as a result of the wage cut, saving will fall toor by the assumption that $\frac{dS}{dr}$ is positive, which necessitates, for the new equilibrium, that $\frac{dS}{dx}$ also be positive. Thus, yielding on the point that r will fall, throws Pigou into inconsistency : assuming at the same time that $\frac{dS}{dx}$ is equal to zero and that it is positive.

32 — *The central issue* : *the theory of the interest rate* — The controversy thus resolves itself into a disagreement over the theory of the interst rate. The classical writers uphold a time-preference theory; while Keynes and his followers maintain a liquidity preference theory. As Hicks points out, it makes no difference whether the one group or the other consider the interest rate as being determined by the supply and demand for securities or by the supply and demand for cash balances. As he explains, if we have n + 1 commodities including money and loanable funds (i.e. securities), it follows from the Walrasian system that we have for the determination of their prices n + 1 equations, of which one follows from the rest. [2] It makes no difference which the equation to be eliminated will be. Keynes chooses to eliminate the equation for the securities market, while the classicals eliminate the demand and supply for cash balances.

The difference however as to the basis of the interest rate, i.e. as to why people charge or pay interest, is not so insignificant. According to the classical theory, people charge interest for the ready money they forego because they prefer present to future consumption. Thus, they can be tempted through variation in the compensation for this forgone utility, namely, the interest rate, either to increase or decrease the amount of present money they

---

1. A. P. Lerner, *op. cit.*
2. J. R. Hicks, *Value and capital*, ch. 12, esp. p. 155.

The criticism of the first assumption is not of first rate importance since banking policy may follow different patterns. The criticism of the second assumption, however, is, to say the least, of the utmost importance.

The problem is this : The assumption that $\varrho = r$ in equilibrium is equivalent to assuming that saving S is a fupction of only one variable the interest rate ($S = F(r)$, where $F'(r)$ is positive). This constitutes a denial of any functional relationship between saving and (real) income. If this were true, the manipulation of the amount of saving through variation of the interest rate would have been quite an easy task and nothing would have stayed in the way of full-employment.

The fact is, however, that saving is a function of income. A plausible relationship between saving and other factors in the economic system is given by the equation $S = F\left(r, x, \frac{I}{w.x}\right)$. [1] Had professor Pigou conceived of this relationship in this form, he undoubtedly would not have maintained that a money wage cut will increase employment independently of the effect it has on the interest rate. For, in this case, since output and employment will expand, saving will increase, which means that, if the new equilibrium is to be attained, with zero saving and investment in Pigou's model, the rate of interest must fall, since $\frac{I}{w.x}$ is empirically constant.

Obviously, this criticism does not attribute to Pigou any error in the logical deduction from his premises, because, as we have mentioned, the assumption that $\varrho = r$ excludes the possibility that $\frac{dS}{dx}$ be positive, since it means that it is equal to zero.

Lerner, however, insists that, even on the assumption that $\frac{dS}{dx} = 0$, although the final equilibrium will be attained with the same interest rate as before the wage cut, yet a fall in the interest rate is "instrumental" in bringing about this new equilibrium. The chain of effects runs from a fall in the liquidity preference consequent on the wage cut, to a fall in the interest rate, to an increase in consumption because of the diminished saving, which results in

1. N. Kaldor, Professor Pigou on money wages in relation to unemployment, *Economic Journal*, 1937, pp. 745-53.

sake of argument that wage flexibility is desirable, since a wage reduction affects employment only through its effect on the interest rate, it becomes equivalent to a direct increase in the quantity of money and loses its independent character alleged by the classical school.

30 — *Pigou's position* — We have seen that Pigou maintains that a wage reduction is an independent method of increasing employment. Later on, as a result of criticism, he had to accede that a fall in the interest rate was a necessary concomitant of the increased employment, though by no means instrumental in bringing it about. [1]

In his book *Employment and Equilibrium*, he still holds to this view: "It is no more correct to say," he says, "that w (the wage rate) determines x+y (the volume of employment) *through* r than it is to say that w determines r *through* x+y. We have, as it were, to borrow Marshall's illustration, a number of balls lying at the bottom of a bowl. The positions of all mutually determine one another; or more strictly the whole surrounding environment determines the position of all." [2]

The striking thing is that Lange too maintains that the money wage cut need not necessarily work through its effect on the interest rate. "Mr. Keynes' statement that a reduction of money wages is operative only via a change in the interest rate is a special case of our statement that the substitution effect and the expansion effect cannot take place without the monetary effect." [3] We shall comment on this statement when we come to Lange's treatment of wage flexibility. Let us for the moment concentrate on Pigou's way of putting forward this view.

31—*Criticism of Pigou's position* — Pigou's contention was opposed by Keynes and his school. In fact, Keynes' criticism of Pigou's whole analysis of the effects of a wage cut on employment consists of an attack on two of his assumptions: that $Q_m = f(r)$; and that in equilibrium $\rho = r$. [4]

1. A. P. Lerner, Ex-ante analysis and wage theory, *Economica*, 1939, pp. 436-49.

2. Pigou, *Employment and Equilibrium*, p. 70.

3. Lange, *op. cit.*, p. 11, n. 15.

4. J. M. Keynes, Professor Pigou on money wages in relation to employment, *Economic Journal*, 1937, pp. 743-5.

others on a purely statistical basis.[1] All this disproves Keynes' contention that real wages move in the opposite direction to money wages, and thus destroys one of the arguments against the classical theory of employment.

28 — *The significance of the verified relationship* — A series of questions arise at this stage. What was the basis of Keynes' view? Where did it go wrong? To what extent, if at all, does this affect his main thesis? All these questions are quite pertinent. Let us try to answer them briefly.

The basis for Keynes' opinion is that "in the short period, falling money wages and rising real wages are each, for independent reasons, likely to accompany decreasing employment; labor being readier to accept wage cuts when employment is falling off, yet real wages inevitably rising in the same circumstances on account of the increasing marginal return to a given capital equipment when output is diminished." [2]

The error in which Keynes falls then is that he exaggerates the effect of a falling output on marginal cost. [3]

But, if this argument about the relation of money wages to real wages has proven to be false, no serious effect on the main argument of Keynes results. This is because of the character of the argument to which we have alluded before. The fact that it is wrong simply means that, if price flexibility is desirable, there is no practical difficulty in the face of its realization. The main issue then still remains, namely, whether wage flexibilility is desirable or not.

B. WAGE REDUTION AND MONTATY MANAGEMENT

92 — *The argument* — The criticism presented here is put forth along the same formal pattern as the one mentioned above. It can be formulated in the following manner: Even if we assume for the

1. L. Tarshis, Changes in real and money wages, *Economic Journal*, 1939, pp. 150-4. Also in the *Readings in the Theory of Income Distribution*, pp. 330-5. Also, J. T. Dunlop, The movement of real and money wages, *Economic Journal*, 1938, pp. 413-34.

2. J. M. Keynes, *The general theory* p.10.

3. Keynes later admitted that he was wrong, but he apologized for this by pointing out that what he said was a fairly established view and that he was not the first to maintain it. (Relative movements of real wages and output *Economic Journal*, 1939, pp. 34-51).

The relation between the real wage and the money wage in expressed in the following equation: The real wage = the money wage ÷ the price of wage goods. And since in equilibrium the price of wage goods is equal to their marginal cost, it follows that the real wage depends on two factors: the money wage and the marginal cost in the wage goods industries.

An increase in the money wage increases the real wage at the same time because labor is only one factor in the marginal cost. Other elements affect the real wage through their effect on the marginal cost. For example. changes in the level of output affect the real wage as a result of the law of incremental returns. Changes in the prices of other factors, like agricultural products, imported goods, equipment depreciation (i. e. Keynes' user cost), and so on, also affect marginal cost and hence the real wage. Increased efficiency in production, change in the degree of monopoly or monopsony have the same effect. On the whole then changes in the real wage come about because of changes in the money wage or in the marginal cost of wage goods.

Tarshis applies this theoretical analysis to explain what he calls the abnormal experience of the U. S. during the period from 1932 to 1938, as compared with that of Britain. This abnormal experience is the considerable rise in real wages in the U. S. during that period while real wages in Britain remained nearly stable. To explain this fact, Tarshis examines one by one the factors which his theoretical analysis indicated as being capable of causing changes in real wages. He finds that expansion of output cannot be taken as an explanation since its effect depends on how close production was to capacity before that period, which is by no means decided. The incease in the degree of monopoly is certainly true of the United States although it probably did not have a pronounced effect. The most important factors which he considers have contributed to the increase in the real wage in the U. S. are: (1) The increase in money wages especially in the non-wage-goods industries. (2) The increase in productivity. (3) Also somewhat important is the decrease in the degree of monopsony. [1]

What is significant for our purpose is his conclusion that the increase in the money wages has resulted in an increase in real wages. The same conclusion is arrived at by Tarshis, Dunlop and

---

1. L. Tarshis, Real wages in the United States and Great Britain, *Canadian Journal of Economics and Political Science*, 1938, pp. 362-75.

Keynes, who put forward this argument in the course of his unsparing attack on the classical theory, proceeded in the following steps :

(1) First of all, as a matter of empirical observation, wage bargains are not concerned with real wages but with money wages. "Ordinary experience tells us beyond any doubt that a situation where labor stipulates (within limits) for a money wage rather than a real wage, so far from being a mere possibility, is the normal case."

(2) On the other hand, there is no positive correlation between money wages and real wages : "In the case of changes in the general level of wages, it will be found, I think, that the changes in real wages associated with a change in money wages, so far from being usually in the same direction, are almost always in the opposite direction".[1]

(3) The conclusion which Keynes derives from these two premises is that "there may exist no expedient by which labor as a whole can reduce its real wage to a given figure by making revised money bargains with entrepreneurs".[2]

26 — *Statistical verification* — Fortunately enough, the statistical verification of the contention embodied in the second step was not this time impossible, as is usually the case. In fact, Keynes himself expressed his interest in seeing the "results of a statistical inquiry into the actual relationship between changes in money wages and changes in real wages".[3]

This statistical inquiry was made, but it disappointed Keynes' expectations.

27 — *Tarshis' analysis of the relation of money to real wages*— In an early article on the subject, Tarshis analyzes the relation between money and real wages. He starts with a theoretical examination of that relation ; then he applies the results of his investigation to the cases of the U.S. and Britain.

---

1. J. M. Keynes, *The general theory*, p. 9.
2. *Ibid.*, p. 10.
3. *Ibid.*, p. 13.

SECTION VII

CRITICISM OF THE CLASSICAL SCHOOL

23 — *Summary of the classical position*— From what has been said above, we can easily obtain a concise formulation of the classical theory of employment. This formulation would perhaps run as follows : the economic system possesses a natural tendency towards stability at full-employment so long as it is not hampered by rigidities and frictions, in particular as long as it is not hampered by wage rigidities. [1] Wage flexibility is thus desirable for its favorable effect on employment. It is practically feasible through the reduction of the money wage rate, since this entails a reduction in the real wage rate. Moreover, wage flexibility is not only one way of reducing the interest rate; it is an independent way of increasing employment.

24 — *The attack on the classical theory* — Each of these statements was challenged by the Keynesian school. Obviously, the fundamental criticism is that directed to the assertion that wage flexibility is desirable. The other two criticisms are merely for the sake of argument. The first one argues that, even assuming, for the sake of argument, that wage flexibility is desirable, there is still no way of achieving it in parctice since a reduction in the money wage rate does not entail a reduction in the real wage rate. The second one argues that, even assuming, that wage flexibility is desirable, it is not an independent way of increasing employment. Let us examine first these last two criticisms.

A. THE RELATION OF MONEY WAGES TO REAL WAGES

25— *Keynes' argument* — The object of the argument advanced here is to deny the feasibility of wage flexibility by denying any positive correlation between money wages and real wages.

1. Pigou does not attribute much importance to price inflexibility in the narrow sense. See Estey, *op. cit.*, p. 505.

terms are the marginal revenue and the last is the marginal cost. If, however, the elasticity at the original output is greater than $n_1 - k$, marginal revenue will be greater than marginal cost and output will expand. In the reverse case it will contract.

But the change in the elasticity is not all that happens to the demand curve, for all industries, says Pigou, expand at the same time, thus increasing their demands for each other's products. The limit to this process is two-fold: (1) The elasticity of demand falls as demand rises, and hence $p\ (1 - \frac{1}{n})$ falls. (2) As output increases, $mwF'(x)$ increases. Thus equilibrium will finally be attained.

The effect of a wage cut on employment then depends on the way the elasticity of demand changes. As to how we may expect it to change, Harrod believes that to all probability it will decrease, while Pigou doubts this and concludes that at any rate the new elasticity has to fall at least by the amount k if employment is not to be favorably affected.

II. *In money terms:*

Since money income has to contract, because of the lower wage rate, and since Q_m is the same because r is the same, it follows that v must fall. This can only happen through a redistribution against wage earners. Hence the real wage must fall, and the same conclusion as above holds.

All this has been concerned with short run effects. In the long run, since prices tend to fall, thus restoring the original real wage, the beneficial effects of the wage cut disappear.

Finally, Pigou remarks that, although his model does not represent the actual world, it can, coupled with our economic intuition, help in understanding it.

In his book *Employment and Equilibrium,* Pigou arrives at the same conclusions only in a more generalized form with respect to different banking policies. Thus according to him the conditions necessary for maintaining a strong tendency towards full-employment are all satisfied.

The conclusion then is that a money or real wage cut under perfect competition increases employment.

22 — *Effect of a wage cut under imperfect competition* — Under imperfect competition, however, two complications arise: (1) The equilibrium condition becomes that marginal cost equals marginal revenue. (2) "ψ" (x) is no more necessarily negative (i. e. production is not necessarily at the minimum cost·point).

1. *In real terms :*

Applying the above mentioned equilibrium condition to both the original and the new equilibrium situations (i. e. before and after the wage cut), we get $p_1 \ (1 - \frac{1}{n_1}) = w. \ F' \ (x_1)$ and $p_{11} \ (1 - \frac{1}{n_{11}}) = mw. \ F' \ (x_{11})$ where p is the price, n the elasticity of demand and m the ratio of the new to the old wage.

Assuming output and employment to have remained the same $F'(x_1)$ will be equal to $F'(x_{11})$ and p_1 will be equal to p_{11}.
Thus, by dividing the first into the second equation, we get

$$\frac{(1 - \frac{1}{n_1})}{(1 - \frac{1}{n_{11}})} = \frac{1}{m}.$$

And, if we subtitute for n_{11} the amount $n_1 \cdot k$, where k is the change in the elasticity of demand, k will be equal to $\frac{n_1 \ (n_1 - 1) \ (m - 1)}{n_1 \ (1 - m) - m}$ which Pigou maintains must be negative. [1]

Thus if output is to remain the same, the new elasticity of demand must be less than the original elasticity by the amount k.

Professor Pigou proceeds to examine the possibility of such a contingency being realized. If we denote the new demand curve which will keep output and employment the same by the function $\varphi(x)$, the monopolist's profit will be a maximum at the same output x_1. In this case, $\varphi(x) - x. \varphi'(x) - mwF'(x) = 0$, where the first two

1. Pigou's argument is that since m-l is negative, the other terms being all positive, k must be negative. This obviously neglects the possibility of $n_1 - 1$ being negative too; for in this case the new elasticity of demand must be greater than the original elasticity if output and employment are to remain the same.

And since if the previous equilibrium was ever to be stabel $\psi''(x)$ must have been negative (i. e. that the marginal product of labor falls with expansion in employment) it follows that the fall in $\psi'(x)$ can be brought about only by an expansion in employment.

(2) In money terms :

The problem here is to prove that p will remain constant. $p = \frac{Y}{n.\psi(x)}$ .... (1) where Y is the money income, n the number of industries, and $\psi(x)$ is the output per industry.

Assuming a banking policy which maintains the quantity of money (Q_m) as a function of the interest rate ($Q_m = f(r)$); and since in equilibrium r must be equal to ρ the rate of time preference; it follows that Q_m is constant .... (2)

On the other hand, $v = F(r, \frac{I}{w.x})$, where v is the income velocity of circulation, I the income per industry, and wx is the wage bill per industry; and $\frac{I}{w.x}$ is the share of labor in total income, $F'(r)$ being positive, while $F'(\frac{I}{w.x})$ is negative.

And since $\frac{I}{w.x}$ is empirically constant, white r is constant since the rate of time preference did not change, it follows that v is also constant .... (3)

Since $Y = Q_m. v$, it follows from (2) and (3) that Y is constant.

Hence, Y is proved to be constant, and $\psi(x)$ is by hypothesis constant; which means that p must be constant.

Thus, in our equilibrium equation $w(1+r) = p. \psi'(x)$, $\psi'(x)$ which is the value of the marginal product of labor must fall, i.e. employment must expand.

A remark to which we shall have a chance to come back later on is that Pigou maintains here that this effect is brought about independently of the interest rate. He considers a wage cut as an independent method of increasing employment.

His method in broad outline is to assume, within the framework of his model, that a wage-cut has actually occured, then, assuming that no other element in the situation has changed, he examines the new situation and arrives at the conslusion that it is no more in equilibrium. From this he proceeds to examine how a new equilibrium position will look like. His conclusion is that employment must increase if there is to be a new equilibrium. This method, as we shall see, has its disadvantages. But, for the moment, let us follow Pigou's steps to see how he arrives at these conclusions.[1]

20 — *Pigou's model* — The model with which Pigou works is a simplified model based on the following assumptions : (1) All labor is homogeneous. (2) There is no new investment, neither net nor gross, which excludes depreciation. (3) The period of production is identical for all goods. (4) The demand and supply schedules for all goods are exactly similar (and hence relative prices remain the same however general output changes, and assuming a labor theory of value, real prices are constant whatever the changes in the wage level).

21 — *Effects of a wage cut under perfect competition* — The question now is : What is the effect of a wage cut on employment? For the sake of conciseness, I shall put the whole argument in mathematical from. Pigou first examines the effects under perfect competition.

(1) In real terms :

In equilibrium, $w(1 + r) = p. \psi'(x)$, where w is the real wage-rate, r is the rate of interest for the period of production, and $\psi'(x)$ is the marginal product of labor.

With a real wage cut, w falls; but since r cannot (empirically) rise sufficiently at the same time, and since p is constant (cf. assumption 4 above), it follows that $\psi'(x)$ must fall too.

1. A. C. Pigou, Real and money wages in relation to employment, *Economic Journal*, 1937, pp. 405-22.

Price rigidity in a similar sense is also a recognized fact and is usually ascribed to monopolistic and oligopolistic behavior. I shall take up the problem of price policy as soon as I get through dealing with the problem of wage policy.

SECTION VI

THE EFFECT OF WAGE CUTS ON EMPLOYMENT
THE CLASSICAL SCHOOL

18 — *Is wage - flexibility desirable?* — Our question now is whether wage flexibility will have a favorable effect on employment. We have already hinted to the difference in opinion between the classical and the Keynesian schools. To prove their respective contentions, writers on both sides try to trace the effect of a money (real) wage cut to ascertain its impact on employment.

With the classical school, we have seen that the first two conditions for an adequate mechanism ensuring the classical tendency towards full-employment are on the whole to be acceded. The third condition, however, namely, that a cut in real wages will actually lead to an increase in employment, is the core of the whole mechanism. Thus this question proves to be, not only critical in relation to policy, as we have up to now stressed, but also of considerable theoretical significance. If a wage cut does not increase employment, then the whole classical theory of employment is an illusion. If it does, then the Keynesian system is questionable, and the saving-investment-interest relationship is not after all the thing to blame.

The question is not a subsidiary controversy : it is the main difference between the classical and the Keynesian schools.

19 — *Pigou's treatment of the effects of a wage-cut* — The classicals, as we have mentioned, maintain that a wage reduction will increase employment. Pigou, our representative of the classical school, tries to prove this contention.

up the subject of secular price-flexibility at a later stage. For the moment, what we mean by price-flexibility is 'cyclical price-flexibility'.

16 — *Are wages and prices rigid?* — The implication of what has been said up to now is that prices and wages are, in fact, rigid. Is this an accepted fact?

Price and wage rigidity in a strict sense applies to a state where their responsiveness to the respective conditions of demand and supply is completely absent. Empirically speaking, this of course is not the case. What is usually meant by rigidity in this context is relative inflexibility, or what has come to be characterised as stickiness.

In the light of this distinction, it is easy to understand Pigou's denial of wage-rigidity. In *Employment and Equilibrium*, he decides that the claim "that money wage rates are rigid is not supported by the evidence available for this country (England)". They have not been rigid nor have they become rigid. But he recognizes the fact that wage rates have always been sticky and that this stickiness in the postwar period "is more marked than it used to be." [1]

The same phenomenon is alluded to by Schumpeter who contrasts the retarded response of the wage rates with the prompt response of the wage bill to business activity. He also points to the fact that this "lag" is more pronounced in the downgrade. "although these factors cannot have had, at least up to the turn of the century, anything like the importance they were to acquire later on." [2]

17 — *Causes of inflexibility* — The reasons for this increased inflexibility in the wage rates are numerous. Most outstanding is the spread of collective bargaining and the increased strength of trade unions. [3] The existence of unemployment relief is another factor. Perhaps equally important is the mutual distrust between labor and management which expresses itself in the belief that wages are hard to go up when prosperity arrives. [4]

---

1. Pigou, *Employment and Equilibrium*, pp. 82-4.
2. J. A. Schumpeter, *Business cycles*, vol. II, p. 572.
3. Pigou, *op. cit.*, p. 91.
4. J. A. Estey, *Business cycles*, 1946, pp. 501-10.

The Keynesian view is quite different. According to Keynes, these workers are not voluntarily unemployed in the sense indicated above: the matter of their unemployment does not lie in their hands. They are unemployed because the community's choice, expressed in their "aggregate effective demand" makes them so. To attack the problem of their unemployment effort should be directed towards increasing this aggregate effective demand. Wage reduction is not the method to alleviate unemployment; it will probably be adverse to employment through its effect on effective demand. Wage flexibility is not the remedy for unemployment.

SECTION V

WAGE-FLXIBILITY AS A REMEDY FOR UNEMPLOYMENT

14 — *Wage-flexibility and prie-flexibility*—The problem of wage flexibility is only one aspect of the general problem of price-flexibility. Under this latter, labor is treated like any other commodity. In this sense, price-flexibility covers both wage-flexibility and price flexibility in a strict sense.

Price-flexibility in the wider sense is actually what has been advocated by the classical writers. In harmony with their general belief in a natural order, they condemn all rigidities in the economic system and blame them for its evils.

15—*The meaning of price-flexibility* — Let us first define precisely what we mean by price-flexibility. Lange gives the following definition: "The price of a good is said to be flexible if it falls whenever there is excess-supply of and rises whenever there is excess demand for the good. The price is said to be inflexible or rigid if excess supply or excess demand fail to affect it. " [1] The word 'good' here applies to both products and factor services. Moreover, flexibility is explicitly stated to be here is relation to the excess supply or excess demand of the commodity in question. In Hansen's terminology, by flexibility here is meant 'cyclical' flexibility as distinct from what he calls 'secular' price-flexibility. We shall take

1. O. Lange, *op. cit.*, p. 2.

for further investment are less attractive unless the rate of interest falls at a sufficiently rapid rate."[1] And he maintains later on that it does not. The rest of the *General Theory* is merely an elaboration of this thesis. There is no need, I believe, to examine it in detail since it is by now familiar to everybody.

SECTION IV

REMEDIES SUGGESTED FOR UNEMPLOEMENT

12 — *Frictional unemployment and its remedy* — It goes without saying that one of the ways to reduce total unemployment is to minimize the amount of frictional unemployment. This is clearly what a writer like Beveridge has in mind when he defines unemployment as being "a problem, not of pauperism, but of the adjustment of the supply of labor to the demand for labor". This is the source of such prescriptions against unemployment as one finds in old textbooks: promoting sectional coordination, organization of the labor market and so forth.

As far as its desirability is concerned, all this was never a controversial issue. Both classical and Keynesian writers are liable to agree on the desirability of such measures, although once again they will certainly not give them the same degree of importance.

13 — *Involuntary unemployment* — The real issue, however, is that of involuntary unemployment. What the classical theory amounts to is denying the existence of such unemployment, as Keynes has pointed out. For if workers refuse to work at less than a wage which is incompatible with their full-employment, they can scarcely be called involuntarily unemployed.

Still, nobody denies that they are unemployed, but the way to abolish their unemployment lies within their own hands, namely cutting down their wage rate. Wage rigidity is thus the cause of their unemployment; wage flexibility is the remedy for that unemployment.

---

1. *Ibid.*, p. 31.

Thus, as far as the mechanism for the tendency towards full-employment is concerned. Pigou concludes that all the necessary conditions are satisfied.

He tries, however, to find an explanation to the apparently unclassical experience of the last depression. "From 1852 down to the outbreak of the great war," he says, "employment was never less than 94% and never more than 96%". In the postwar period however unemployment had an average of 13% and a maximum of 22%. The explanation lies in "the peculiar circumstances of the distressed areas, the decay of export trades, difficulties about the transference of labor and the increased bargaining strength of trade unions consequent upon the development of unemployment insurance. It does not in any way witness against the conclusions which theortical analysis suggests." [1]

SECTION III

KEYNES' THEORY OF EMPLOYMENT

10 — *Summary of the classical position* — From the above, it becomes evident that the classicals uphold that, apart from frictional unemployment, the factor which is responsible for unemployment is the reluctance of labor to work for a lower (real or money) wage.

11 — *Keynes' involuntary unemployment* — Keynes on the other hand absolves labor from this implied responsibility for the evils of unemployment. Wage rates, he maintains, are not the cause of unemployment, and their reduction will probably prove unprofitable as a means for its alleviation. The level of employment is the product of other determinants: "The propensity to consume and the rate of new investment determine between them the volume of employment, and the volume of employment is uniquely related to a given level of real wages — *not the other way round.*" [2] The explanation of unemployment (the paradox of poverty in the midst of plenty as he calls it) is then simple. "Not only is the marginal propensity to consume weaker in a wealthy community, but, owing to its accumulation of capital being already larger, the opportunities

1. Pp. 90—91.

2. J. M. Keynes, *The general theory*, p. 30.

determine them, namely, the demand function for labor for investment, the supply function for labor for investment and the money income equation. Hence, we are one equation short. To get around this difficulty, Pigou proposes to assume either full-employment, i.e. $x + y = Q$; or that the money wage-rate is constant ($w = T$). This is how the assumption of full-employment comes into the picture, and this is also where the classical antagonism against wage-rigidity comes in : for, the two assumptions cannot hold together, since "in that event, the system would be overdetermined". [1]

9 — *The tendency towards full-employmeut in theory and in fact* — The above, however, is the situation under ideally perfect conditions. To assert that full-employment actually exists in the real world would obviously be rash in the face of statistical evidence. And yet Keynes attributes this rashness to the classical writers. To this charge Pigou replies, "This is, of course, a travesty. The classical view is not one which either asserts or implies that full-employment always exists." [2] It simply assumes that there is a strong *tendency* for full-employment to be established.

This obviously implies that there is a mechanism through which this tendency works. Pigou asserts the existence of such a mechanism. The conditions required for its working are: (1) That the money wage rates are not rigidly fixed. (2) That changes in money wages entail changes in real wages. (3) That a fall in the real wage rate tends to increase employment.

As we shall see later on, no one actually maintains that money wage rates are rigid in a strict sense. What has been observed is that they have been, and tend to be, more sticky. Moreover, since prices, especially because of the effect of international trade, are not to be expected to fall proportionately when money wages are cut, real wages must be expected to fall as a result of that cut. The third condition, however, is the most important one. Its discussion will occupy a large part of the subsequent treatment. We shall see that the classicals maintain that a wage reduction will increase employment both under perfect and monopolistic competition.

1. P. 70.
2. P. 78.

The supply function for labor for investment, on the other hand, is "nobody ... would doubt, a function, not of one, but of two variables", the interest rate and the income from the consumption goods industries, $f(r, F)$. Evidence that Professor Pigou is really talking about the supply function of *funds* for investment is strong. The functional relationship mentioned is formulated by Professor Pigou in the following fashion: "When the attitude of lenders towards the future is given," he says, "... the quantity of labor supplied for investment depends partly on the money rate of interest and partly on the community's current, say annual, income from consumption goods industries". But, in a footnote, he says, "Since by far the predominant part of investment is performed by non-wage earners, some might prefer to write $f(r, (F(x)-xF'(x)))$ instead of $f(r, F(x))$"[1]. What I really fail to see is the relation between the supply of *funds* for investment and the supply of *labor* for investment.

The line of argument is carried on by Pigou to an examination of the short period flow equilibrium. In such equilibrium, the demand and supply of labor for investment are equal: $\varphi(r) = f(r, F(x))$. The money wage rate in the consumption goods industries, and that in the investment goods industries, are also equal (both of them equal to the general money wage rate, w). From this, it follows that the prices of the consumption goods industries and the invetment goods industries (P_1 and P_2) will be respectively equal to $\frac{w}{w_1}$ and $\frac{w}{w_2}$. Since, however, w_1 and w_2 are equal to the discounted marginal product in the consumption and the investment goods industries respectively, and since we can neglect the discount factor, taking into account that under monopoly and monopolistic competition both wage rates are equal to the marginal value productivity, P_1 and P_2 will be equal to $\frac{w}{(1-\frac{1}{n_1}).\ F'(x)}$ and $\frac{w}{(1-\frac{1}{n_2}).\ U'(y)}$.
And, since money income, I, equals $P_1.\ F(x) + P_2.\ U(y)$, by substitution we get $I = \frac{F(x).\ w}{(1-\frac{1}{n_1}).\ F'(x)} + \frac{U(y).\ w}{(1-\frac{1}{n_2}).\ U'(y)}$. Under banking policy, I becomes a function of the interet rate, g (r), or becomes constant, so that we actually have four variables: x, y, r, and w. But at the same time we have only three equations to

1. P. 52.

This is the method followed by Pigou in his *Theory of Unemployment.* A good summary of his view is provided by the following quotation from that book : "With perfectly free competition among workpeople," he says, "and labor perfectly mobile.... there will always be at work a strong tendency for a wage rate to be so related to demand that everybody is employed. Hence, in stable conditions every-one will actually be employed. The implication is that such unemployment as exists at any time is due wholly to the fact that changes in demand conditions are continually taking place and that frictional resistances prevent the appropriate wage adjustment from being made instantaneously." [1]

8 — *The classical antagonism between wage rigidity and full-employment* — A similar method is adopted by Pigou in his book *Employment and Equilibrium.* In this book he starts with a definition of what he calls "short period flow equilibrium" (as distinct from "long period flow equilibrium" which is equivalent, in more familiar terminology, to the stationary state). In addition to the long period flow equilibrium condition that "buyers and sellers become content with their situation", short period flow equilibrium allows for a positive but constant rate of net investment. [2]

Two functional relationships after this provide the next stepping stones for his argument : the demand function and the supply function for labor for investment.

In analysing the demand function for labor for investment Professor Pigou starts on perfectly firm ground. "Clearly," he says, "the money wage-rate paid to the marginal man engaged on investment goods has to be equal to all future money yields expected from his output of investment goods discounted at the rate of interest at which money can be borrowed." [3] But, to the disappointment of the reader's expectations, this only degenerates into making the demand for labor for investment a function of only one variable, the interest rate (r).

1. A. C. Pigou, *Theory of unemployment*, p. 252; also quoted in Keynes, *op. cit.*, p. 277; and in Pigou, *Empoyment and equilibrium*, p. 79.

2. *Employment and Equilibrium*, pp. 32-33.

3. Pp. 51 and seq.

employment? The answer obviously depends upon what we accept as the cause (or causes) of unemployment. What sort of social disease is unemployment? Is it the answer to out sinful hampering of the natural functioning of the economic system, as the classical school maintains; or is this natural functioning itself which is to blame, as Keynes and his followers contest? This is a problem of diagnosis. [1]

SECTION II

THE CLASSICAL THEORY OF EMPLOYMENT

6 — *The supply and demand curves for labor* — The classical writers apply to the labor market the general tools of supply and demand. The demand for labor, like the demand for any other input, is equal, at each real wage, to that amount of labor the marginal productivity of which is equal to that wage. Similarly, the supply of labor at a given real wage is that amount of labor the marginal disutility of which is equal to that wage. This situation, which is established under perfect competition, is subject, on both sides, to qualifications arising from frictional resistances. [2]

7 — *The tendency towards equilibrium at full-employment* — Put into mathematical terms, employment depends on two functions: The real demand function and the real supply function for labor. The former is a function of the marginal productivity of labor and hence a function of employment in what Pigou calls the wage-goods industries, since the general wage rate, he maintains, is in equilibrium equal to the marginal product in these industries. The latter is solely a function of the real wage-rate. And in harmony with the traditional method, in equilibrium, supply is equated to demand.

1. The classical view is obviously a carrying on of the old tradition expressed in the Physiocratic writers and in Adam Smith, which believes in a natural order that will work to the best of all interests provided we let nature alone do the work: Adam Smith's invisible hand.

2. J. M. Keynes, *The general theory of employment, interest, and money* 1936, pp. 272 274.

Full-employment has thus become an explicit objective of government policy. The first question that naturally suggests itself is : what is the meaning of full-employment ?

4 — *The meaning of full-employment* — Few writers ever care to give this term a precise definition. In fact, full-employment has come to be a sort of faith which perhaps embodies all that is deemed desirable to society. [1] Yet this is precisely the pitfall to which such a line of thinking leads. For it does not seem to be realised how narrow and relative the concept of full-employment is in a strict sense.

The correct definition of full-employment is "the absence of involuntary unemployment". This is the way Keynes defines it. But in contrast to other writers, he is very careful to point out that full-employment is relative to a given real wage. In other words, corresponding to each level of real wages, there is a state of full-employment, namely, that state at which all workers who are willing to work *at that real wage* are actually employed.

Now, no doubt, many such states of full-employment are far from being an ideal goal for society. If people and writers speak of full-employment as the aim of the economic system, it must be a more confined term they have in mind.

Actually, full-employment of labor in such a context is only one aspect of the full (or optimum) utilization of resources in general — optimum in the sense of affording the maximum satisfaction of individual and social wants. It is thus full-employment which satisfies this objective which most people have in mind when they speak about this term. The full-employment which constitutes the goal of economic policy is that full-employment *at a level of wages compatible with the optimum utilisation of resources.*

5 — *Diagnosis for policy* — This, then, is the objective of economic policy. An important question now confronts us: what policy (or policies) should we follow in order to achieve full-

---

1. This sense was mentioned by Max F. Millikan in a lecture on full-employment, at the Yale University Economics Club in 1949.

The general attitude is therefore one of apprehension; in fact, official papers, like the Economic Reports of the President, point freely to this general attitude. [1]

2 — *The goal of full-employment and the need for conscious policy* — In the midst of this gloomy atmosphere, however, a glimpse of optimism has already sprung from the experience of the last two wars. The inspiriting phenomenon that accompanied these two wars was the fact that unemployment, both in the United States and in Britain, fell to insignificant dimensions. In other words, if we bear in mind the inevitability of a certain amount of "frictional unemployment", full-employment was actually achieved.

This fact was quite sufficient to change the attitude towards the unemployment question. In place of the old question "how to minimize, or iron out, fluctuations in employment", the question became, "how can full-employment be achieved ?"

The mere formulation of this question indicates the influence which the inter-war period had in making people abandon the belief in the self-adjustment, smooth functioning of the economic system. When we add to this the influence of Keynes' *General Theory*, we readily see how this belief was supplanted by the belief that, if full-employment is ever to be attained in peace-time, a conscious policy on the part of government is indispensable.

3 — *The attitude of governments* — This idea was, in fact, no sooner advocated than adopted. In May 1944, the British Government issued a White Paper in which they explicitly stated that "the Government accept, as one of their primary aims and responsibilities, the maintenance of a high and stable level of employment after the war."

In the United States, the policy of the Employment Act of 1946 is to attain full-employment; and it requires the President to submit to Congress an annual report to indicate the level of employment, output and purchasing power necessary to attain this objective.

---

1. Cf., e. g., *The Economic Report of The President to Congress*, January 8, 1947, in *Economic Reports of the President*, 1948 edition, Part II, p. 7.

ON THE PROBLEM OF WAGE POLICY AND PRICE POLICY

By

M. I. GHOZLAN *

FOREWORD

The problem of wage-policy and price-policy is one of the thorny problems of economics. It is fortunate, however, that one can trace the heated discussion over the subject to its more basic sources. This, I have attempted to do as far as my ability to see things in their wider setting can go.

Most of this paper is concerned with cyclical wage and price policy. The last two sections deal respectively with the questions of policy in a full-employment economy and in the long-run.

SECTION I

UNEMPLOYMENT AND THE PROBLEM OF POLICY

1 — *The fear of unemployment* — In a society like most of the advanced societies we witness today plagued with cyclical fluctuations, and haunted with the potentiality of a nightmare depression of the 1930's magnitude, it is quite natural that everybody should be concerned about the problem of unemployment.

As Lange points out, among other factors, the great depression, which fell from what appeared to be a clear sky, has shattered all belief in the minds of the business world, in a long-run normal. [1]

This effect is, clearly, not confined to the business world, for it is only natural that the problem of unemployment would affect all the members of the community.

---

* The author is lecturer in economics at the Law School, University of Alexandria.

1. O. Lange, *Price flexibility and employment*, 1944, p. 85.

Ensuite, il ne faudrait pas encore perdre de vue, l'inopportunité d'applipuer indistinctement à tous les pays, le même système pénitentiaire, quelque idéal qu'il soit, surtout lorsqu'il élève dans une certaine mesure, le niveau de vie en prison. Il se peut que le niveau moyen de vie normale hors des prisons, soit dans certains pays, inférieur à celui que le système pénitentiaire voudrait établir à l'intérieur des prisons. Alors il serait absurde d'appliquer un système pareil à de tels pays, y rendant ainsi la vie en prison moins rédoutable. Ainsi faisant on ferait perdre à la peine un de ses caractères essentiels.

(a) Dans la période antérieure, la loi exige qu'un examen du cas du mineur soit fait, pour constater son état social, le genre de milieu où il a vécu et les raisons qui ont porté à sa dégénération. Le juge peut invoquer à cet égard les services des employés du ministère des affaires sociales, ainsi que d'autres comme les médecins et les experts.

(b) Dans la période postérieure au prononcé de la mesure éducative, l'enfant est soumis à un système de surveillance sociale prescrit par la loi sur les vagabonds mineurs, et confirmé tacitement par le code de procédure pénale ainsi que par la loi sur le retrait de la puissance paternelle. Ce système consiste dans la mise du mineur remis en vertu du jugement à ses parents ou à une personne de confiance, sous la surveillance d'une organisation s'occupant de mineurs, faisant partie du ministère des affaires sociales ou reconnue par ce ministère. Cette organisation doit présenter au ministère public des rapports périodiques sur l'état du mineur indiquant ce qu'elle recommande à son égard. En tous cas, il incombe au juge de mineurs de surveiller l'exécution de ses sentences dans le domaine de sa compétence.

(c) Enfin, la sentence prononcée contre le mineur, qu'il soit délinquant ou vagabond, est susceptible d'être revisée et modifiée par le juge, lequel s'apercevant de l'inopportunité de la mesure prise peut lui substituer une autre qu'il estime plus efficace. Cette revision de la sentence, d'ailleurs contraire à la force de la chose jugée, est comme caractéristique du système des mineurs en Egypte, très significative, car elle prouve à propos d'eux, la priorité donnée aux exigences éducatives.

Mesdames et Messieurs :

Qu'il me soit permis en fin de compte d'attirer l'attention sur une double considération :

D'abord, on ne doit pas oublier qu'il serait inutile de concevoir un bon système sans pouvoir le réaliser. On a toujours proposé, dans la prévention du crime et le traitement des délinquants, d'excellents systèmes à ranger parmi les meilleurs imaginables. Ce Congrès n'est pas le premier à en proposer et il ne sera certainement pas à cet égard le dernier. Toutefois pour atteindre de bons résultats dans la lutte contre la délinquance, il ne suffit pas d'avoir une bonne idée. Ce qui compte c'est sa réalisation concrète.

pas le sociologue, qui voit les deux comme portant divers symptômes d'un seul et même mal, la législation égyptienne est toutefois dominée, même à l'égard du délinquant mineur, par l'esprit de faire prévaloir l'idée d'éducation sur l'idée de châtiment. En outre, cette législation fait entre les mesures à prendre à l'encontre des deux groupes un rapprochement tel qu'elle arrive presque à identifier, au moins celles qui en sont fondamentales.

Quant à la priorité donnée à l'idée d'éducation par rapport à celle de châtiment, en ce qui concerne le mineur ayant déjà commis une infraction pénale, elle se montre par le fait que le droit égyptien interdit l'application des peines ordinaires aux mineurs jusqu'à l'âge de 12 ans, substituant pour eux à ces peines, des mesures éducatives. Pour les mineurs entre 12 et 15 ans, il permet un choix entre ces mesures et une peine correctionnelle. Cet âge de 15 où commence à s'affirmer presque une pleine responsabilité pénale est assez bas, point critiquable dans la législation égyptienne. Et on tend maintenant sérieusement à élever cet âge à dix-huit ans, pour qu'un parallelisme existe de cette façon, entre l'âge jusqu' auquel s'appliquent les mesures éducatives pour vagabondage, et l'âge jusqu'auquel peuvent s'appliquer les mêmes mesures pour un délit.

Le rapprochement du groupe des délinquants mineurs à celui des vagabonds mineurs, sa manifeste dans la législation, à plusieurs points de vue :

1 — On constate que les mesures éducatives au moins fondamentales, prescrites pour les deux groupes, sont les mêmes. Elles consistent dans la remise aux parents ou à celui qui exerce l'autorité paternelle, la remise à une personne digne de confiance et la remise à une école de correction ou à un établissement s'occupant de l'enfance.

2 — les tribunaux spéciaux pour enfants connaissent aussi bien de l'un que de l'autre des deux groupes, suivant à leur égard la même procédure.

3 — La méthode suivie dans leur traitement et dans le domaine du service social les concernant, est la même, soit dans la période antérieure au prononcé de la mesure éducative, soit dans la période postérieure.

six mois, ou, à l'amende, à la mise sous la surveillance de police ou à l'avertissement pour vagabondage. En effet, l'apparition des condamnations dans le certificat, exposait le condamné dans la recherche du travail à des obstacles parfois insurmontables.

B — *Quant aux mineurs,* La législation égyptienne, dans la solution du problème de leur dégénération, pour ne pas dire de leur délinquance, montre une tendance toute évidente à faire passer ce problème du domaine juridique traditionnel au domaine social. Cela s'explique par le fait que le but final d'éliminer la délinquance, ou au moins de la diminuer, combattant ses sources, exige toujours dans les moyens de sa réalisation, une grande différenciation entre les adultes et les mineurs.

C'est que les mineurs, le plus souvent, ne tombent aux faits délictuels qu'à cause d'un entourage corrompu, d'une éducation perverse, d'un mauvais exemple, d'une négligence des parents ou d'un relâchement des liens familiaux. Le délinquant mineur est donc, la plupart du temps, une victime de son milieu. Toutefois, étant encore en voie de formation, il se prête mieux qu'un adulte, à l'action réparatrice et éducative.

Or, le législateur égyptien s'est rendu compte de cette vérité indiscutable, lorsqu'il a abordé le problème de la dégénération de l'enfance, sur une base nettement sociale, intervenant même avant la commission d'un délit quelconque, toutes les fois que le mineur se trouve dans des conditions dangereuses.

En effet, la législation égyptienne distingue deux cas dont l'un concerne le mineur ayant déjà commis un délit et il est régi par le Code pénal, et l'autre se rapporte aux états dangereux précédant le délit et il forme l'objet de la loi sur les vagabonds mineurs. Cette dernière loi a tellement étendu les cas permettant de prendre avec le mineur une mesure éducative, qu'ils embrassent les conditions les plus variées où le mineur se trouve, soit dans un milieu pervers, soit dépourvu de tout soin et toute éducation, soit enfin exerçant des actes révélateurs de dégénération.

Malgré que le législateur égyptien, comme nous venons de le voir, fasse entre le délinquant mineur et le vagabond mineur, une distinction à laquelle tient le juriste mais laquelle n'intéresse

3) On a différencié les systèmes pénitentiaires, admettant l'institution de prisons spéciales pour certaines catégories de détenus comme les condamnés pour délits de presse.

4) On a pris en considération la formation intellectuelle des détenus. A cette fin le nouveau règlement contient plusieurs principes importants, tels que l'instruction des prisonniers, la fondation d'une bibliothèque dans chaque prison, l'autorisation à certaines catégories de prisonniers de se procurer à leur gré des livres, des journaux, ou des revues, la permission aux prisonniers qui ont atteint un certain degré de culture de suivre leurs études et de passer leurs examens, la nomination d'un prédicateur dans chaque prison, etc.

5) On a organisé le travail pénitentiaire, étendu ses domaines, tout en assignant au prisonnier une rémunération pour son travail.

6) On a institué une sorte de graduation dans l'exécution de la peine, prévoyant une période transitoire en faveur du prisonnier dont la durée de la peine dépasse cinq ans.

7) On a tenu compte des charges familiales des détenus. Cest ainsi que la loi relative à la sécurité sociale prévoit une aide financière et régulière en faveur de la famille du prisonnier dont l'emprisonnement dépasse six mois, pourvu qn'elle soit pauvre. Une somme est également versée au prisonnier lors de sa libération.

III — *Dans la phase post-pénitentiaire*, les mêmes caractères dominent ainsi qu'il résulte des réformes suivantes :

1) L'abolition de la surveillance de police, à laquelle la loi soumettait tout détenu libéré conditionnellement jusqu'à sa libération définitive. Cette surveillance causait, en effet, de graves difficultés pour le condamné dans la société où il vivait, après sa libération

2) L'assistance accordée au condamné libéré pour lui faire avoir un travail. Dans ce but coopèrent l'Administration des prisons, le Ministère des Affaires Sociales, et certaines organisations privées.

3) Dans le même but on a tout récemment prescrit la non-mention dans le certificat du casier judiciaire délivré au détenu libéré, des condamnations à l'emprisonnement ne dépassant pas

2) On a étendu le pouvoir du tribunal d'adoucir, par application du système des circonstances atténuantes, la peine criminelle, en la baissant d'un ou deux degrés au-dessous de son minimum originel. Ce pouvoir fut généralisé pour tous les crimes, aussi bien que pour tous les inculpés.

3) On a répandu le système du sursis à l'exécution à tous les crimes et les délits, pourvu que la peine à suspendre, soit d'une certaine mesure. On a permis l'avantage de ce système à tous les inculpés, admettant la possibilité de la répétition du sursis en faveur du même condamné, si le juge estime que celui-ci en est digne.

4) On a adopté le système de la peine à durée indéterminée pour certaines catégories de récidivistes. Des tentatives sont actuellement faites pour généraliser l'application de ce système, à toutes les infractions.

II — *Dans la phase exécutive de la peine*, les mêmes caractères se manifestent de la manière suivante :

1) On s'est occupé plus soigneusement du niveau de vie dans les prisons. D'ailleurs, le nouveau règlement établit une distinction entre deux catégories de condamnés, selon le niveau de vie maintenu avant l'entrée à la prison, la réputation du condamné et la nature de l'infraction commise. Ceux qui sont à ces égards plus avantagés, méritent un traitement spécial relativement à celui établi en général pour les autres. Il semble au premier abord qu'on ait de cette façon fait une discrimination odieuse de classe entre les condamnés. Mais il n'en est pas ainsi. C'est qu'il ne serait pas sage de soumettre un condamné dont le niveau de vie était supérieur, à un niveau beaucoup inférieur qui augmente injustement ses souffrances dans la prison. D'autre part, il ne serait pas recommandable non plus, d'élever considérablement le niveau de vie, pour un condamné qui était habitué auparavant à un niveau inférieur, le mettant ainsi, lors de sa libération, dans l'impossibilité de s'adapter au niveau de sa vie antérieure. En effet, ce système n'est au fond qu'une juste individualisation exécutive de la peine.

2) On a enlevé à l'exécution tout trait de cruauté qu'aucune nécessité de châtiment ne justifiait et qui portait atteinte à la dignité humaine, tel que la chaîne de fer qui était prescrite pour les forçats.

Eu égard au temps limité dont je dispose, je n'ai pas à aborder les détails de ces lois. Il m'intéresse seulement d'expliquer leurs traits saillants ainsi que l'esprit qui les domine. En éffet, il y a deux caractères qui, à ce propos, règnent sur la législation, constituant la pierre angulaire du système pénitentiaire égyptien.

D'une part, on constate dans le domaine de l'individualisation, une extension représentée par l'amplification du pouvoir que le juge possédait dans la détermination de la peine. En réalité, la personnalité du délinquant, ainsi que ses circonstances particulières, sont devenues pour la mesure de la peine, de la même importance que la gravité matérielle du fait commis, sinon plus importantes encore.

D'autre part, les considérations à la fois humanitaires et sociales, ont tellement pénétré le domaine de la prévention du crime et du traitement des délinquants, que le domaine, autrefois gouverné par le seul facteur juridique, s'est prêté à une action profonde d'ordre autant humain que social.

Voilà les deux caractères qui dominent actuellement la législation égyptienne, aussi bien pour les adultes que pour les mineurs, se présentant toutefois à propos de ces derniers, sous une forme plus énergiques et évidente

A — *Quant aux adultes,* les dits caractères se manifestent dans plusieurs dispositions législatives se rapportant, soit à la phase de l'application judiciaire de la peine, soit à la phase exécutive, soit enfin à la phase post-pénitentiaire.

I — *Dans la phase de l'application judiciaire de la peine,* les caractères mentionnés s'expriment à plusieurs égards :

1) Par une souplesse caractérisant les peines établies par la loi; en effet, pour un seul et même fait, la loi prévoit souvent plus d'une peine, donnant la faculté d'en choisir celle qui se révèle la plus convenable au cas examiné. En autre, chaque peine a un minimun et un maximum entre lesquels existe une grande latitude permettant de fixer la mesure appropriée au châtiment.

C'est ainsi qu'il n'a fallu en Egypte qu'un quart de siècle, après le commencement du mouvement législatif moderne, pour l'adoption de toutes les théories pénitentiaires modernes reposant sur l'individualisation de la peine et sur l'examen de la personnalité du délinquant, à prendre en considération à côté de la gravité matérielle du fait commis. Sont en effet des applications de ces théories, le sursis à l'exécution de la peine, la peine à durée indéterminée, la libération conditionnelle, les mesures éducatives prescrites pour les mineurs, outre certains procédés qui, portant dans la loi le nom de peines accessoires ou complémentaires, peuvent être considérés toutefois des mesures de sûreté.

Mais, la question ne s'est pas arrêtée à ce point. Les graves évolutions sociales, économiques et politiques que l'Egypte a subies depuis la première guerre mondiale, ont abouti à une activité législative extraordinaire, faisant face aux nouvelles conditions du pays, surtout après l'abolition des capitulations depuis 1937 et la reprise par le pays de son plein pouvoir législatif.

En 1937, on a mis en vigueur, un nouveau code pénal modifiant plusieurs dispositions sur les délinquants mineurs et sur le sursis à l'exécution de la peine. En 1949, une loi nouvelle sur les vagabonds mineurs a été promulguée élargissant les cas de vagabondage pour qu'ils puissent embrasser toutes les conditions où se présente de la part du mineur, le danger de commettre un délit, et où se fait sentir, par conséquent, le besoin d'une action préventive. Dans la même année on a promulgué un nouveau réglement pénitentiaire, dont plusieurs dispositions changent la méthode d'exécution des peines restrictives de la liberté, suivant les dernières évolutions pénitentiaires modernes.

Enfin, on a promulgué une loi nouvelle de procédure pénale, apportant des modifications profondes au système et à la procédure des tribunaux des mineurs, ainsi qu'à l'égard des sentences que ces tribunaux pronocent, des mesures d'exécution des peines, de la libération conditionnelle et de la rehabilitation.

On a également complété ces lois, par une série de législations spéciales dont je peux mentionner la loi de 1952 prévoyant certains cas de retrait de la puissance paternelle, et la loi de 1954 instituant une union générale de patronage pour les mineurs.

d'une évolution, était pour l'Egypte un point de départ. En effet, la législation égyptienne moderne remonte au dernier quart du siècle dernier, c'est-à-dire au temps de pénétration des principes nouveaux. En 1883, l'Egypte a eu plusieurs codes de lois, dont il y avait un code pénal et un code de procédure pénale copiés presque littéralement des deux codes français correspondants de 1810. Un mouvement de réforme pénitentiaire prit alors en même temps origine, aboutissant en 1885 à un règlement pénitentiaire, et à la construction de prisons égyptiennes nouvelles selon les prescriptions édictées par les principes les plus modernes de l'époque.

Les circonstances où fut élaborée la législation égyptienne, lui ont profité,. dans la matière en question, à deux égards.

D'abord, lors de cette élaboration, le droit français dont on puisait, était déjà essentiellement modifié conformément aux principes modernes surgis après sa promulgation. Pour cela, le droit égyptien vint alors à représenter la phase législative la plus moderne de l'époque.

Ensuite, de cette première considération découle la conséquence naturelle que le droit égyptien, étant imprégné dès sa naissance des principes modernes, se prêtait mieux à une oeuvre ultérieure de modernisation, dont la rapidité ne pouvait être entravée par aucune tradition précédente.

En effet, un grand mouvement législatif eut lieu en Egypte pendant les premières années du siècle actuel. Un nouveau règlement pénitentiaire fut élaboré en 1901 à l'exemple des législations les plus modernes de l'époque. Egalement, un nouveau code pénal fut promulgué en 1904. Il tirait ses dispositions du code antérieur, du code italien de 1889 et du droit anglais. Il introduisit le système du sursis à l'exécution de la peine et modifia plusieurs dispositions sur les délinquants mineurs. Dans la même année fut promulgué aussi un nouveau code d'instruction criminelle. En 1908 surgit une première loi sur les enfants vagabonds impliquant pour la première fois le système de l'indétermination de la durée d'internement dans la maison de correction. Dans la même année fut promulguée une loi sur les délinquants d'habitude, comportant également le système de la peine à durée indéterminée, pour les adultes récidivistes dans certains genres de délits.

d'envisager. Cette définition exige un éclaircissement préliminaire indiquant le rapport entre la prévention du crime le traitement des délinquants, et s'ils constituent un même sujet ou bien deux sujets différents quant au sens et au domaine de chacun.

Or, je crois que les deux sujets sont en réalité tellement interdépendants, qu'il serait impossible de séparer l'un de l'autre. Toutefois, il me semble que chacun des deux a son propre domaine autonome.

L'interdépendance entre les deux sujets résulte du fait que le traitement des délinquants, selon les tendances modernes, devrait s'adapter au cas particulier de chaque délinquant, pris isolément, et qu'il soit de nature à le corriger.

Toutefois, la prévention du crime requiert d'autres moyens qui n'ont rien à faire avec le traitement des délinquants pris individuellement, et qui s'occupent de la suppression des divers facteurs économiques et sociaux qui mènent au délit, comme le chômage et les habitudes sociales nocives.

Quant au traitement des délinquants, ses moyens, tout en visant principalement à la prévention du crime, peuvent s'inspirer d'autres buts qui, peut-être, ne s'attachent pas directement à cette prévention, mais doivent toutefois être observés. Ce sont précisément, les considérations humanitaires liées à la personne même du délinquant en tant qu'être humain auquel on doit garantir une part de dignité et de droits, malgré sa chute dans la délinquance. En effet, on ne saurait négliger cette garantie que les législations modernes du monde sont arrivées à réaliser, et dont le principe est devenu désormais incontestable malgré qu'il ait besoin encore de quelques perfectionnements de détail.

M. Ancel nous a déjà expliqué l'évolution pu'a subie la législation européenne dans la prévention du crime et le traitement des délinquants, et comment elle a abouti à l'adoption, depuis la fin du siècle dernier, des principes modernes dérivants de l'école positiviste italienne.

Pourtant, quiconque procède à l'examen de la législation égyptienne élaborée précisément à cette époque, se rend compte du fait que, ce qui représentait pour l'Europe un point d'arrivée

étroites. En effet, la délinquance est restée telle qu'elle était et elle augmente même, comme le prouvent les statistiques criminelles de plusieurs pays. Cela prouve le mieux, que les procédés adoptés à ce propos, dans le passé, n'étaient pas appropriés. Par conséquent il était inévitable de se mettre en quête de moyens nouveaux basés sur la recherche scientifique, fait caractéristique de l'époque moderne.

Toutefois, nous ne devons pas manquer de faire allusion à la considération que le crime, dans l'époque actuelle, a revêtu un caractère différent de celui qui le caractérisait aux temps passés, et que ce caractère a nécessairement influencé les méthodes suivies dans sa prévention.

C'est que le crime du passé était enclavé dans des atmosphères circonscrites, faute de liaison entre les Etats pour manque de moyens, ce qui amena à la conséquence que le crime et les méthodes de sa prévention ont pris dans chaque Etat, un caractère presque exclusivement local. Mais il n'en est pas de même actuellement, puisque à cause des moyens modernes de communication, les parties même les plus éloignées du monde se sont tellement liées, que ce qui arrive dans l'une peut se répercuter dans l'autre, et que l'activité des délinquants, surtout de ceux qui sont les plus dangereux, ne se limite pas au pays où elle se déroule, mais étend quelquefois ses effets à d'autres pays.

Voilà pourquoi la lutte contre la délinquance s'imposait, non seulement au pays où apparaissaient les premiers symptômes du crime, mais aussi à d'autres pays. Cela explique aussi que les moyens de prévention du crime, sont devenus d'un caractère international et que la solidarité entre les Etats dans cette prévention était édictée par une nécessité impérieuse. En outre, il en résulte que chaque Etat doive suivre les efforts de l'autre dans ce domaine, pour en profiter, et que tous doivent coordonner leurs plans et leurs moyens, en vue de la réalisation de leur but commun. Eh bien, mon discours d'aujourd'hui, trouve sa justification dans tout cela, et en outre, dans le fait qu'il porte sur l'Egypte, laquelle, à cause de sa position géographique, est en effet, le trait d'union entre l'occident et l'orient.

Avant d'aborder les détails de mon discours,je crois opportun d'en définir l'étendue pour qu'il ne dépasse pas le fond du sujet, et ne porte pas sur des questions que mon temps ne permet pas

LES ORIENTATIONS NOUVELLES DANS LE DOMAINE DE LA PRÉVENTION DU CRIME ET DU TRAITEMENT DES DÉLINQUANTS EN EGYPTE

Par

EL-SAÏD MOUSTAFA EL-SAÏD

Recteur de l'Université d'Alexandrie

Monsieur le Président

Mesdames et Messieurs.

Le sujet dont j'ai l'honneur de vous parler, est parmi ceux qui sont d'une importance universelle, fait que prouve cette énorme réunion embrassant un nombre considérable de savants et de penseurs de tout le monde, lesquels, venus de tous côtés, sont tous animés de l'esprit de contribuer â la solution bu problème compliqué de la prévention du crime.

Ce problème n'est pas nouveau, il est aussi ancien que l'humanité, puisqu'une fois formée une société, le crime ne manquait pas d'y apparaître, sous la forme d'une violation de l'ordre qui y venait d'être établi, de sorte que le crime pour la société se présentait toujours comme la maladie pour le corps humain, les deux parties de la relation étant dépendantes l'une de l'autre.

Il ne m'incombe pas, à cette occasion, d'envisager les divers procédés que, dans cette lutte amère, l'humanité a appliqués au passé, question, dont m'a dispensé d'en traiter, au moins quant à ses lignes générales M.le Président Ancel, par sa conférence très instructive, que nous avons eu le plaisir d'entendre il y a quelques jours. Ce qui mérite d'être souligné à cet égard, c'est la constatation de la vérité incontestable que toutes les sociétés ont essayé dans la prévention du crime les moyens les plus variés, et dans le traitement des délinquants, plusieurs procédés différents, lesquels ont tous, malheureusement, échoué dans le combat du crime, et n'ont pas, je peux le dire, même réussi à l'enfermer dans des limites

Le congrès international des Nations Unies en matière de prévention du crime et de traitement des délinquants, réuni a Genève entre le 22 août et le 5 septembre 1955, tenait à être informé du progrès réalisé dans ce domaine par les pays représentés. Le docteur El-Saïd Moustafa El-Saïd était le chef de la délégation égyptienne auprès du congrès. En cette qualité, et sur demande de la section économique et sociale du Secrétariat général des Nation unies, il a averti les pays participant au congrès du progrès atteint par l'Egypte dans la lutte contre la délinquance, donnant la conférence suivante dans une séance plénière du congrès, tenue le 30 août. Cette conférence a mis l'accent sur l'innovation apportée par la législation égyptienne moderne en matière pénale et pénitentiaire, surtout dans le traitement des délinquants mineurs. Envisageant le problème sur le plan international, le conférencier a fait en outre de profondes observations qui ont retenu l'attention des congressistes. Voici donc sa conférence :

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTÉ DE DROIT

DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

6ème ANNÉE, 1954 — 1955
(Nos. 3 et 4)

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction: *Dr. HUSSEIN FAHMI*

6ème ANNÉE, 1954 — 1955
(Nos. 3 et 4)

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE